

Der Ausgleich der Interessen zwischen dem Gutgläubigen Erwerber und dem Nichtberechtigten.

**Kann der gutgläubige Erwerber die erworbene Sache
an den früheren Eigentümer zurückgeben und sich
wegen des Kaufpreises an den nichtberechtigten
Verkäufer halten?**

INAUGURALDISSERTATION

**zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau**

vorgelegt von

Ernst Maier
Mülheim (Baden)



**Buchdruckerei R. Rebholz, Freiburg i. Br.
1934**

Der Ausgleich der Interessen zwischen dem Gutgläubigen Erwerber und dem Nichtberechtigten.

**Kann der gutgläubige Erwerber die erworbene Sache
an den früheren Eigentümer zurückgeben und sich
wegen des Kaufpreises an den nichtberechtigten
Verkäufer halten?**

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Ernst Maier.

Müllheim (Baden)



Buchdruckerei R. Rebholz, Freiburg i. Br.

1934

Referent: Prof. Dr. Fritz Pringsheim.

„Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.“



Meinem Vater!

Inhaltsübersicht.

Einleitung:

Fragestellung.

§ 1. I. Die Aufgabe	1
II. Die Literatur. — Th. Kipp, M. Wolff	3

Hauptteile:

Der Ausgleich des Interessenkonflikts.

§ 2. I. Der Einfluß von „Recht und Billigkeit“. — Das Rechtsgefühl als Wegweiser für die Wissenschaft.	5
§ 3. II. Indirekte Lösungen.	7
1. Die Zession der Ansprüche des Eigentümers gegen den Verfügenden an den Erwerber	7
2. Die rechtliche Natur dieser Ansprüche	8
3. Die Möglichkeiten der Wirkung einer Herausgabe der Sache an den Eigentümer	9
Ergebnis: Die indirekte Lösung ist zum Teil unmög- lich, zum Teil ungeeignet.	17
§ 4. III. Direkte Lösungen.	18
Lösungsmöglichkeit mittels einer analogen Anwen- dung des § 407 BGB.	18
1. Die grundsätzliche Regelung der Abtretung nach dem BGB.	18
2. Die Wahlmöglichkeit als Weg zur Lösung.	19
a) Objektivisten und Subjektivisten	19
b) Insbesondere der Wortlaut als Argument	21
c) Beispiele und eigene Meinung	21
aa) § 409 BGB.	
bb) § 573 BGB.	
cc) § 574 BGB.	
d) Ratio legis	24
3. Die Ablehnung einer Wahlmöglichkeit in den Fäl- len gutgläubigen Eigentümererwerbs (§§ 892, 932). Keine Analogie zum Fall des § 407 wegen	
a) des grundsätzlichen Unterschieds von obligatori- schen und sachenrechtlichen Bestimmungen;	27
b) der gute Glaube als Tatbestandsmerkmal	29
Ergebnis: Das Wahlrecht nach § 407 BGB. zugunsten des gutgläubigen Schuldners kann nicht zugunsten des gutgläubigen Erwerbers angewandt werden. Es versagt als Lösung des Interessenkonflikts.	31

§ 5. Der Weg über Geschäftsführung ohne Auftrag, § 683 BGB.	31
Die Voraussetzungen:	
1. a) Geschäftsführung in fremdem Interesse . . .	33
b) Wille u. Bewußtsein als subjektive Erfordernisse	34
2. § 684 BGB.	34
Ergebnis: Lösungsmöglichkeit grundsätzlich zu bejahen.	
Bedenken gegen eine praktische Verwertbarkeit	35
§ 6 Lösung auf Grund analoger Anwendung der § 440 BGB.	
— Analogie zum Fall des „Doppelten Verkaufs“.	35
I. Der „Doppelte Verkauf“	35
1. Die Literatur: Rosenberg u. Groh. RGZ. 108, 58.	36
2. § 440 BGB. grundsätzlich	39
3. Ausgleich mittels Rechtsmängelhaftung, § 440 BGB., im Falle des „Doppelten Verkaufs“.	41
II. Der Problemfall: Ausgleich des Interessenkonflikts durch extensive Auslegung des § 440 BGB. in Ana- logie zum Fall des „Doppelten Verkaufs“.	46
1. Der Erwerb kraft guten Glaubens als originäre Er- werbsart. Originäre Verschaffung begründet keine Rechtsmängelhaftung.	46
2. Die Herausgabe der gutgläubig erworbenen Sache als sittlich gebotene und rechtlich erlaubte Hand- lung, § 267 BGB.	48
a) Die Parallelität zum „Doppelten Verkauf“ . . .	49
b) Rechtspolitische Prüfung und Bestätigung des Ergebnisses	51
3. Excurs: Ausdehnung der gewonnenen Entschei- dung auf den „Doppelten Verkauf“ bei gutgläubi- gen Parteien.	53
4. Die Gefahr der Konjunkturausnützung. Martin Wolff.	54
§ 7. Ansprüche des Erwerbers gegen den Verfügenden auf Grund Ungerechtfertigter Bereicherung, § 812 BGB.	55
1. Der Vorschlag Rosenbergs. Kritik und Ablehnung durch Groh.	55
2. Analogie des „Doppelten Verkaufs“.	58
A n h a n g :	
§ 8. Das Problem im Historischen Recht	59
I. Römisches Recht	60
II. Deutsches Recht.	64

Literaturverzeichnis.

Binding, Karl, „Die Ungerechtigkeit des Eigentümererwerbs vom Nichteigentümer“, Leipzig 1908.

Crome, Karl, Grundzüge des Römischen Privatrechts, Bonn 1920.

Deinhardt, Richard, „Volkstümliches Recht“ (Deutscher Staat 2., Herausgeber Dr. Hans Gerber) Voigtl. Verlag, Leipzig 1922.

Dernburg, Heinrich, Pandekten, II. Bd., Berlin 1903.

Eccius, in Deutsche Juristenzeitung, 1903, 8. Jahrg. S. 208.

Eck, „Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums“, 1874.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 1904/1905, Bd. I.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg, N. G. Elwerth. — Bd. I, 1 (Enneccerus) 12. Bearb. 1928. — Bd. I, 2 (Enneccerus) 10. Bearb. 1927. — Bd. II, 1 (Martin, Wolff) 7. Bearb. 1927.

Ewald, Otto, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts, Zweite Folge, 40. Bd., (Jena 1926) = DogmJ. 76,297/98.

Felgenträger, Wilh., „Antikes Lösungsrecht“, 1933.

Fiedler, Eberh., „Das Privatrecht der Zukunft“ in Beiträge für Erneuerung des deutschen Rechts 5. 17/28, Festg. für Hans Soldan (Franz Vahlen, 1933).

Francke, L. Ch., in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 73. Bd., 1895.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, München, Leipzig 1917.

Glunger, Wilh., „Rechtswelt und Lebensgrundgefühle“, Prolegomena I. Bd., München, Leipzig 1931.

Goose, Varel, „Zur Lehre vom casus“ in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Herausg. Rud. Jhering, IX. Bd. 1868.

Groh, Wilh., „Sittenwidrige Erfüllungsverweigerung“ in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“ Festg. f. Reichsgericht, III. Bd. S. 119 ff.

Haff, Karl, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I. Bd. 1927.

Heck, Philipp, Grundriss des Schuldrechts, 1929.

ders., „Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz“ Tübingen 1932.

ders., „Das Problem der Rechtsgewinnung“ Rede 1912.

Hedemann, J. W., Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig 1927.

Heiland-Justi, Edith H., „Doppelverkauf von beweglichen Sachen“ Freiburger Diss. 1934.

Hübner, Rudolf, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930.

Jhering, Rudolf, „Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt“ in Jahrbuch f. d. Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts III. Bd. S. 449 ff., Jena 1859.
ders., „Zweck im Recht“ Bd. II.

Jörs, Paul, Geschichte und System des Römischen Privatrechts Berlin 1927.

Kaiser, Felix, „Justizreform? — Juristenreform!“ Vortrag, C. Heymanns Verlag 1933.

Keller, Pandekten, Leipzig 1861.

Kipp, Theodor, in Juristischer Wochenschrift 1931, S. 1169.
ders., in Berliner Festgabe für Gierke, II, S. 18.

Klein, in Seufferts Bl. für Rechtsanwendung, Bd. 73, S. 311 ff.

Köhler, Archiv für Bürgerliches Recht, II. Bd. S. 169.

Kreittmayr, Wiguläus X. A., Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Cilem IV. Teil, 1844.

Kress, Lehrbuch des Schuldrechts, 1929.

Lehmann, Heinrich, „Recht und Gerechtigkeit“ Rede 1930.

Lehusen, „Was ist am Bürgerlichen Gesetzbuch deutschen Ursprungs?“ Berlin 1933.

Lent, Friedr., „Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß“ I. Bd., Leipzig 1912.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB., I. Bd., 1929.

Locher, Eugen, „Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck“ in Archiv für die Civilistische Praxis 121. Bd., S. 1 ff.

Martinus, Gustav E., „Der mehrfache Verkauf derselben Sache“, Halle Diss. 1873.

Mayr, Robert v., „Der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Rechts“, Leipzig 1903.

Mercier, Charles Ph., „Faut-il admettre l'existence du Jus ad rem en Droit Civil Suisse“, Lausanne 1929.

Mommsen, Friedr., Beiträge zum Obligationen Recht, I. Bd., Braunschweig 1853.

Motive zum BGB. zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe 1888.

Müller-Erzbach, Rudolf, „Wohin führt die Interessenjurisprudenz?“ Tübingen 1932.

Oesterlen, Richard, „Der mehrfache Verkauf derselben Sache“, Tübingen Diss. 1883.

Oertmann, Paul, Kommentar zum BGB., 5. Aufl.
ders., „Rechtsordnung und Verkehrssitte“, Leipzig 1914.

ders., „Recht“ 1915.

ders., „Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft“, Lpzg. 1931.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB., II. Bd.

Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 4. Aufl.
Rabel, Ernst, „Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels
im Rechte“, Leipzig 1902.

Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft,
7./8. Aufl., Leipzig 1929.

Regelsberger, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des
bürgerlichen Rechts, 2. Folge, Bd. 47, S. 767.

Reichsgerichts-Räte, Kommentar des Bürgerlichen Ge-
setzbuchs, 6. Aufl., 1928.

Riezler, Erwin, „Das Rechtsgefühl“, rechtsphilosophische Be-
trachtungen, 1921.

Romeick, „Zur Technik des BGB.“, Heft III. „Rechtsnach-
folge“, 1904.

Rosenberg, in Jur. Wochenschrift 1924, S. 811.

Rümelin, Max, „Die Billigkeit im Recht“ Rede, Tübingen 1921.
ders., „Die Gerechtigkeit“, Rede, Tübingen 1920.

Salomon, in Jur. Wochenschrift 1914, S. 729.

Schmidt, Rudolf, „Rechtliche Wirkung der Befolgung sittlicher
Pflichten“, in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“
Festgabe 1929, II. Bd., S. 25 ff.

Siber, Heinrich, Römisches Recht, Bd. II. Römisches Privat-
recht, 1928.

Sobernheim, Franz, „Ein Beispiel für die Anwendung ma-
teriellrechtlicher Vorschriften zugunsten des guten Glaubens“
Berliner Diss. 1906.

Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen. Geschichte und
System des Römischen Privatrechts, 17. Aufl. 1928.

Spiegel, Ludwig, „Gesetz und Recht“, Prager Staatsrechtl.
Untersuchungen, VII. „Zur Lückenlehre“. 1913.

Staudinger (Kober, Engelmann, Geiler), Kommentar zum
BGB., 9. Aufl., 1930.

Stobbe, Otto, Handbuch des deutschen Privatrechts, III. Bd.,
Berlin 1878.

Tuhr, v., Allgem. Teil des Deutsch. B. R., 1910.

Warneyer, Kommentar zum BGB., 1927.

Wendt, „Erwerb vom Nichtberechtigten“ in Archiv für die Civ.
Praxis, Bd. 89., S. 1 ff.

Windscheid-Kipp, Pandekten, II. Bd., 1906.

Wolf, Erik, „Richtiges Recht“, Freiburger Vortrag 1934.

Wolff, Martin, „Theodor Kipp. Ein Vortrag“, Berlin 1932.
ders., Berliner Festausgabe für Gierke, Bd. II., S. 140.

Wüstendörffer, Hans, „Die deutsche Rechtssprechung am
Wendepunkt“ in Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 110, 219 ff.

Zitelmann, in Archiv für die Civ. Praxis, Bd. 66, 451 ff.

Einleitung.

I. Fragestellung.

1. Die Ausführungen, die den Anspruch erheben, Vorschläge für die Praxis zu bieten, gehen von diesem Fall aus.

Der Eigentümer E gibt das Bild eines seiner Ahnen Herrn V zur Aufbewahrung. Nach einiger Zeit wird das Bild mit vielen anderen ohne Verschulden des V dem Kunsthändler K verkauft und übergeben. K glaubt dabei mit gutem Grunde an das Eigentum des V. — E, der alte Eigentümer, erfährt von diesem Geschäft und teilt die Sachlage dem K mit. K gibt dem E sein über alles geschätztes, unersetzliches Erbstück zurück.

Es entsteht die Frage, auf welchem Wege K wieder zu dem Kaufpreis ¹⁾, den er für das Bild bezahlt hat, gelangt.

2. Ein Tatbestand, der das gleiche Problem, aber mit veränderter subjektiver Einstellung des Haupthandelnden K enthält, lag einem Urteil des Freiburger Amtsgerichtes

¹⁾ Kauf (und Übergabe) an einen gutgläubigen Dritten sind in der Darstellung als Typ eines entgeltlichen Vertrages zwischen einem Nichtberechtigt-Verfügenden und einem Gutgläubig-Erwerbenden angenommen worden. — Die verschiedenen Fälle wirksamer Veräußerung (auf Grund Besitz, Grundbucheintrag oder Erbschein) sind ausführlich von Ewald „Der Rückerwerb des Nichtberechtigten“, DogmJ. 40, S. 235 aufgezählt. Dasselbst auch rechtsvergleichende Angaben: Österr. ABGB. §§ 367, 368; Frankreich: Art. 2279 CC; Schweiz: Art. 933, 714 ZGB. — Für Grundbucheintrag: Art. 973 ZGB., — §§ 28, 63 f. ABGB.)

(A 2 Z H 314/33 vom 27. Juli 1933) zugrunde: Der Kläger kaufte von dem Beklagten ein Auto. Der Kaufpreis wurde bezahlt, der Wagen übergeben. Kurze Zeit später erfuhr der Kläger, daß sein Verkäufer Beklagter, überhaupt nicht Eigentümer des Wagens gewesen sei. Da ihn der Kauf reute, stellte der Kläger das Auto dem Beklagten im Hinblick auf dessen ursprüngliche Nichtberechtigung wieder zur Verfügung. In der Klage verlangte der Kläger Schadenersatz und vor allem Herausgabe des Kaufpreises.

Der Richter nahm Eigentumserwerb des Klägers auf Grund Übergabe und Gutgläubigkeit (§ 932 BGB.) an. Der Beklagte habe damit seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag erfüllt. Die Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 seien nicht gegeben: der Kläger sei nicht mehr berechtigt, nach Erwerb des Eigentums, — wegen eines entgegenstehenden Rechts, — den Wagen an den Beklagten zurückzugeben.

Die Klage sei daher nach ihrem ganzen Umfang abzuweisen. —

3. Gemeinsam ist den beiden Beispielen die durchschlagende Wirkung des § 932 BGB. Die Vorschrift, die in beiden Fällen zugunsten der Erwerber gedacht ist, bringt beide in eine unangenehme Lage:

1) K sieht sich gegenüber E gezwungen, sich auf seinen Eigentumserwerb, kraft seines guten Glaubens, zu berufen, obwohl er das ältere und bessere Recht des E anerkennt. Er möchte den Zustand wieder herstellen, der vor der Störung der Interessenlage durch den unberechtigten Eingriff des V geherrscht hat, nämlich Rückerwerb des Biles durch E — für sich selbst Wiedererlangung des Kaufpreises.

2) Das gleiche Ergebnis erstrebt auch der Kläger im zweiten Falle. Der wesentliche Unterschied der beiden Fälle liegt dabei im subjektiven Tatbestand: Verschieden sind die Motive des Handelns. Im ersten Falle ist K fremdinteressiert²⁾; er erstrebt vor allem Befrie-

digung des Interesses des E, der sein Familienstück jeglichem Geldersatz vorzieht. — Im Falle 2 ist der Kläger eigeninteressiert: er will sich vor allem des lästig gewordenen Wagens entledigen. Die Nichtberechtigung des Verkäufers ist lediglich willkommener Anlaß, den Wagen loszuwerden. Er zieht allem andern seinen Kaufpreis vor. — Ob die verschiedenen Motive eine verschiedene Behandlung der Fälle fordern, ob insbesondere die Gefahr der Konjunkturausnutzung eine befriedigende Lösung des im ersten Falle gezeigten Problems zerstören könnte, wird später (s. S. 54) zu untersuchen sein. —

II. Die Literatur.

1. Das Verdienst, zum ersten Male die Fragen aufgeworfen zu haben, die sich aus der Stellung des Erwerbers vom Nichtberechtigten dem ursprünglichen Eigentümer und dem Nichtberechtigten gegenüber ergeben, gebührt Theodor Kipp. In einer Besprechung³⁾ des „Grundriß des Schuldrechts“ von Philipp Heck⁴⁾ kritisiert Kipp Hecks Stellungsnahme zur Auslegung des § 407 BGB. Im Gegensatz zu Heck⁵⁾, der sich gegen eine Wahlmöglichkeit des Schuldners im Falle einer Abtretung der Forderung ausspricht und sich zugunsten einer objektiven Wirkung einer gutgläubig geleisteten Tilgung entscheidet, will Kipp⁶⁾ mit der herrschenden Lehre dem Schuldner, der in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten zahlt, die Möglichkeit geben, nach seiner Wahl entweder die Leistung als Tilgung ansehen zu lassen oder sie vom Zedenten als ein indebitum zu condizieren und Schuldner des Zessionars zu bleiben. Zu den bekannten und immer wie-

²⁾ Die Terminologie ist Ewald a. a. O. entnommen.

³⁾ Juristische Wochenschrift 1931, S. 1169.

⁴⁾ Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, J. C. B. Mohr.

⁵⁾ Heck a. a. O., § 67, c, 6, S. 205 f.

⁶⁾ Kipp a. a. O.

der angeführten Argumenten⁷⁾ fügt Kipp⁸⁾ einen völlig neuen und in seiner Tragweite schwer übersehbaren Gesichtspunkt hinzu: es sei „überhaupt äußerst fraglich, ob man jemanden zwingen kann, sich auf seinen guten Glauben zu berufen. Dies habe immer seine Bedenken, weil der Gegner leicht sagt, es könne leider der böse Glaube nicht bewiesen werden.“

Diesen Gedankengang führt Kipp weiter und kommt zur These, „allgemein dem, der sich auf gutgläubigen Erwerb berufen könnte, die Möglichkeit zu eröffnen, statt dessen dem Berechtigten, der durch den gutgläubigen Erwerb berufen könnte, die Möglichkeit zu eröffnen, statt dessen dem Berechtigten, der durch den gutgläubigen Erwerb verlieren würde, den Gegenstand zur Verfügung zu stellen und sich an seinen Rechtsurheber zu halten.“⁸⁾

Ein Beispiel zur Anwendung dieser Lehre: Der Käufer, der eine bewegliche Sache von einem Nichtberechtigten erwirbt, braucht sich demnach dem Alteigentümer gegenüber nicht mit seiner — im Falle von Kipp⁸⁾ unwiderlegbaren — Gutgläubigkeit zu verteidigen, sondern kann seinem Verkäufer „die Sache vor die Füße werfen“ und Regreß gegen ihn nehmen. Wie diese Ansprüche gegen den Verfügenden geltend gemacht werden können, welche Stütze das geltende Recht dazu bietet sagt Kipp nicht: die Beantwortung dieser Frage ist die Aufgabe dieser Arbeit.

2. Der Auffassung Kipps⁸⁾ tritt Martin Wolff⁹⁾ entgegen. Wolff wählt in seiner Charakterisierung der menschlichen und juristischen Feinfühligkeit Kipps, als Beispiel die Stellungnahme dieses Gelehrten zu § 407 und dessen Ausdehnung auf den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten. Kipps Auffassung sei allerdings sowohl *de lege lata* wie *de lege ferenda* abzulehnen: *de lege lata*, weil das BGB. dem gutgläubigen Erwerber ein-

⁷⁾ siehe unten zu § 407 Seite 18 ff.

⁸⁾ Kipp a. a. O.

⁹⁾ Martin Wolff, „Theodor Kipp, Ein Vortrag“, Berlin 1932.

deutig und schlechthin Eigentum verleihe, — de lege ferenda, „weil auch der weniger anständige Erwerber¹⁰⁾ in der Wahlmöglichkeit sehr oft eine gute Gelegenheit sehe, Verluste, die durch eine veränderte Konjunktur (Sinken des Sachwertes) entstehen, zu vermeiden. Für die schlimmsten Fälle, in denen arglistige Täuschung durch den Nichtberechtigten über sein Eigentumsrecht vorliegt, würde die gestörte Interessenlage durch eine Anfechtung (§ 123 BGB.) wieder herzustellen sein.“

So die Literatur. Soweit wir sehen, behandeln allein Kipp und Wolff an den angeführten Stellen das engere Problem, nämlich den Ausgleich der Interessenlage, deren Störung durch den kraft Gesetzes eintretenden gutgläubigen Rechtserwerb verursacht wurde.

Der Ausgleich des Interessenkonflikts.

Ansprüche des Erwerbers gegen den Verfügenden.

§ 2.

I. Die Störung der normalen Interessenlage wurde in den gegebenen Beispielen (oben S.1f.) hervorgerufen durch die Wirkung der Vorschriften zugunsten des gutgläubigen Erwerbes¹¹⁾. Das Gesetz verursacht dabei folgende Interessenwirkung¹²⁾:

Das dem V anvertraute Familiengemälde wird — mit oder ohne Verschulden des V — Eigentum des Erwerbers K. E, der Altberechtigte, ist an Ersatzansprüchen

¹⁰⁾ Vgl. Fall 2 oben.

¹¹⁾ In den Beispielen wird § 932 BGB. als Typ für gutgläubige Erwerbsart angenommen werden, — entsprechend der Anwendung des Kaufes als Typ eines entgeltlichen Erwerbsgeschäftes. Lediglich im Falle von Abweichungen wird auf die anderen Möglichkeiten, wie die §§ 892, 893 bei Grundstücken und §§ 2366 (Erb-schein), 2368 (Zeugnis des Testamentsvollstreckers) hingewiesen werden. —

¹²⁾ Vgl. Heck, Schuldrecht, Anhang § 1. 4.

gegen V¹³⁾ uninteressiert. Er will das Erbstück wieder in seinen Besitz zurückbringen. K. der Erwerber erkennt dieses Bedürfnis; ihm selbst ist dieser Zustand peinlich; er empfindet die Unrechtmäßigkeit des Eigentumsverlustes auf der einen, — des Eigentumserwerbes auf der anderen Seite. K und E erstreben Herbeiführung des früheren Zustandes: Eigentum des E und Rückgabe des aufgewandten Kaufpreises durch V an K. Dies entspricht dem Gefühl für „Recht und Billigkeit¹⁴⁾“.¹⁵⁾

Die Volksüberzeugung als Ausdruck des Rechtsgefühls der Gemeinschaft billigt dem anständigen, gutgläubig vom Nichtberechtigten Erwerbenden die Möglichkeit zu, das so makelbehaftete Gut seinem wahren Eigentümer, dem Altberechtigten, zuzuführen. Der Wissenschaft ist aufgegeben, den gleichfalls gefühlten und als notwendig befundenen direkten Ausgleich zwischen dem nichtberechtigten Verfüger und dem Erwerber zu schaffen.

¹³⁾ Über die einzelnen Ansprüche s. u. S. 8 f.

¹⁴⁾ Über den Begriff „Recht und Billigkeit“ und die verwandten Zusammenstellungen vgl. die erschöpfenden Ausführungen von Max Rümelin, „Die Billigkeit im Recht“ (Rede) Tübingen 1920.

¹⁵⁾ Die Bedeutung dieses Gefühls, des Rechtsgefühls, auf dem Gebiete des Rechts, speziell sein Einfluß bei der Rechtsbildung hat Erwin Riezler, „Das Rechtsgefühl“, Rechtsphilosophische Betrachtungen, J. Schweitzer Verlag, München, Berlin, Leipzig 1921, überzeugend nachgewiesen. — Die Berechtigung, das Gefühl für „Recht und Billigkeit“, kurz in „Rechtsgefühl“ zusammenzufassen, wird aus dem Umstande abgeleitet, daß die Volksüberzeugung kein Unterschied zwischen „Recht“ und „Billigkeit“ macht, daß es vielmehr rein sprachliche Gefühle sind, die in dem einen Falle von „gerecht“ und „ungerecht“, im andern von „billig“ und „unbillig“ sprechen lassen. So Rümelin „Gerechtigkeit“ (Rede, Tübingen, 1920, S. 12, Anm. 3), anders Ed. v. Hartmann, „Phänomologie des sittlichen Bewußtseins“ 2. Abt. A III, der zwar zugibt, daß die Volksüberzeugung keinen Unterschied in diesen Begriffen macht, daß aber andererseits die Wissenschaft diese Verwirrung nicht mitmachen darf. Der Versuch von Hartmann, Unterscheidungsmerkmale zu finden, kann nicht als gelungen bezeichnet werden.

Das geltende Recht versucht, den durch die Hand eines Nichtberechtigten durch Eigentumsverlust und -erwerb geschaffenen Konflikt allein zwischen dem Verlierer und dem Nichtberechtigten (außer bei unentgeltlichem Erwerb) zu lösen. Der Ausgleich geschieht unter Umständen auf Grund eines zwischen ihnen bestehenden Vertrages, zuweilen auf Grund einer Unerlaubten Handlung des Verfügenden, sonst nur auf Grund Ungerechtfertigter Bereicherung¹⁶⁾ (§ 816 Abs. I, 1 BGB.). Rechtsbeziehungen zwischen Altberechtigten und Erwerber werden nicht geschaffen; folgerichtig fehlen daher auch Vorschriften zur Regelung eines Erwerber-Verfügerverhältnisses, die an solche Rechtsbeziehungen Altberechtigter - Erwerber anknüpfen müßten.

Auf zwei Wegen sollen hier Lösungen zum Ausgleich dieses Verhältnisses, im besonderen zur Durchführung einer Rückgriffsmöglichkeit Erwerber gegen Verfüger, versucht werden: Es sind dies einmal indirekte Lösungen mittels Abtretung der dem Altberechtigten gegen den Verfüger zustehenden Ansprüchen gegen den Erwerber, und zwar entweder als freiwillige (Zugum-Zug) Zession oder als nachträgliche (Zwangs-) Zession. Im Gegensatz zu ihnen dann direkte Lösungen, die den Erwerber auf Grund ursprünglich-eigenen Rechts zum Regreß gegen den Verfüger führen.

II. Indirekte Lösungen.

Ausgleich durch Abtretung der Ansprüche des Altberechtigten gegen den Verfügenden an den Erwerber.

§ 3.

1. Ein höchst einfacher Weg, der die gezeigten Schwierigkeiten ganz beseitigen könnte, scheint der folgende zu sein:

¹⁶⁾ Näheres siehe unten S. 8 ff.

a) K läßt sich einen der Ersatzansprüche des Altberechtigten E gegen den Verfügenden V abtreten und gibt erst danach die Sache an E heraus, oder

b) K ist weniger rechtskundig und vorsichtig, gibt die Sache ohne solche Zession und ohne Vorbehalt an E heraus und verlangt nachträglich die Abtretung dieser Ansprüche. In beiden Fällen hält sich K auf Grund der abgetretenen Ansprüche an V.

2. Solche Abtretung unterwerfbarer Ansprüche des Altberechtigten gegen den Verfügenden können beruhen auf

a) Vertrag: naheliegend z. B. Verwahrung (§§ 688 ff.), Leihe (§§ 598 ff.), Werkvertrag (§§ 631 ff.).

b) Unerlaubte Handlung: V verletzt durch seine nichtberechtigte Verfügung das Eigentum des E vorsätzlich (z. B. Unterschlagung, § 246 RStrGB.) oder fahrlässig. Dieser Tatbestand kann auch bei vertraglichen Rechtsverhältnissen mit erfüllt sein, so daß Ansprüche aus a) und b) konkurrieren. (Diese grundsätzliche Konkurrenzmöglichkeit ist herrschende Meinung.) Beide können aber auch nur allein vorliegen. — Wenn Ansprüche aus a) und b) fehlen, greift immer ein:

c) Ungerechtfertigte Bereicherung: Fall des § 816 BGB. Die Vorschrift ist nicht nur subsidiär¹⁷⁾ gegeben und daher auch neben a) und b) möglich. Praktisch wird sie des beschränkten Umfanges wegen (s. u. S. 17) nur, wenn Vertrags- u. Deliktsansprüche versagen, es sei denn, daß es sich um die Anwendung des § 816 Abs. I Satz 2, — direkter Herausgabeanspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber — handelt.

Die Ansprüche aus all diesen Rechtsgründen können grundsätzlich von E an K zediert werden. Voraussetzung ist, daß sie noch zu der Zeit bestehen, zu der sie abgetreten werden sollen. Es wird deshalb zu untersuchen sein, ob etwa ihr Bestehen dadurch berührt wird, daß E die Sache von K wiedererlangt. Hierbei ist festzustellen:

¹⁷⁾ Heck, Schuldrecht, a. a. O.

1) das Schuldverhältnis Altberechtigter-Verfügender (E—K) erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger (E) bewirkt wird, § 362 BGB.; die Leistung kann durch einen Dritten (K) erbracht werden, § 267 BGB. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn die Herausgabe der Sache Inhalt des Anspruches E—V ist (a) und wenn K gerade diesen Anspruch erfüllen wollte (b).

Die Voraussetzung b) ist Tatfrage.

Bei der Voraussetzung a) ist zu unterscheiden:

aa) bei Vertragsbeziehungen (siehe Beispiele a) S. 9 oben) ist die Voraussetzung dann erfüllt, wenn in dem Vertrag eine Rückgabepflicht des V begründet ist wie z. B. bei der Verwahrung § 695 BGB.). Weitergehende Nebenansprüche (Schadenersatz, ev.) sind daneben möglich, hier aber ohne Bedeutung.

bb) Die Herausgabe der Sache ist ebenfalls bei Deliktsansprüchen Erfüllung der Hauptforderung: §§ 823 ff. in Verbindung mit dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249) —

cc) Zweifelhaft ist die Frage der Erfüllung durch Wiedererlangung der Sache nur, wenn die Grundlage des Anspruchs E gegen V § 816 Abs. I, 2, also Ungerechtfertigte Bereicherung ist. Dagegen spricht der Wortlaut der Vorschrift: Der Nichtberechtigte ist „zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet“; „erlangt“ ist der erzielte Gegenwert (Kaufpreis), nicht aber die Sache. Gegen die Richtigkeit dieser Beweisführung spricht die ratio legis. § 816 ist zum Ausgleich der Fälle geschaffen, in denen Eigentum kraft guten Glaubens verloren geht. (Wichtigster Anwendungsfall). Er ist Ausgleichslösung im Interesse materieller Gerechtigkeit im Einzelfall, weil und soweit durch Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit am Schutz des Rechtsverkehrs Ungerechtigkeit entsteht. Dieses individuelle Schutzbedürfnis fehlt, wenn der verlierende Eigentümer sein Eigentum wiedererlangt; d. h. wenn die von

Rechts wegen eingetretene Wirkung der Verfügung tatsächlich aufgehoben wird. Insofern kann man sagen, daß § 816 subsidiär und in erster Linie ebenfalls auf Naturalrestitution gerichtet ist und daß die Herausgabe des Erlangten nur ein notdürftiger Ersatz für die Rückgabe der Sache ist.

Zusammenfassung: Handelt K mit Erfüllungswillen, dann bewirkt die Leistung der Sache Tilgung des Eigentümer-(haupt-)anspruchs¹⁸⁾. Dessen Abtretung¹⁹⁾ und damit die Konstruktion eines Regreßanspruchs des Erwerbers (K) gegen Verfüger (V) ist unmöglich²⁰⁾.

Neben dieser Möglichkeit, — Annahme eines animus solvendi beim Erwerber K, der in Verbindung mit der Sachherausgabe an den Altberechtigten E, dessen Ansprüche gegen V erlöschen läßt und so ihre Abtretung und einen Rückgriff gegen V vereitelt, — steht noch eine Reihe anderer Möglichkeiten. Ihre nähere Betrachtung ergibt: Wenn K die Sache an E nicht zurückgibt (wie oben Nr. 1), um damit die Schuld des V zu tilgen, sondern als Erfüllungshandlung eines besonderen, zwischen ihnen intern abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, dann

2) bleibt das Schuldverhältnis Altberechtigter-Verfüger bestehen. So wenn

a) ein entgeltlicher Vertrag E—K causa des Erwerbs ist, vor allem wenn E seine Sache von K zurückkauft.

18) Den schwierigen Beweis des Gegenteils müsse der Altberechtigte E führen, § 363 BGB.

19) So Staudinger, Komm. zu § 267, IV, 3, S. 262, der richtig feststellt, daß eine Leistung gemäß § 267 überhaupt nicht vorliegt, wenn sie „gegen Übertragung als Entgelt, insbesondere im Falle (eines Forderungskaufes) des Kaufs der Forderung durch den Dritten erbracht wird. Denn wer die Forderung erwirbt, will sie nicht an Stelle des Schuldners tilgen“.

20) Eine andere Frage ist es, ob nicht die Anwendbarkeit des § 267 eine direkte Lösungsmöglichkeit auf Grund eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag bietet. Die Frage wird als Teillösung zu bejahen sein. Darüber siehe unten S. 31 ff.

Wenn K so den Gegenwert, den er in Höhe des von ihm aufgewandten Kaufpreises beziffert, von E erhält, ist für ihn der Weiterbestand eines Schuldverhältnisses zwischen E und V ohne Bedeutung. Sein Interesse ist befriedigt. Es bleibt dem E überlassen, seinen Anspruch gegen V durchzusetzen, um nunmehr Ersatz für den von ihm an K bezahlten Kaufpreis zu erhalten.

Dieser Weg steht dem E immer offen. Er ist allerdings der teuerste und deshalb wirtschaftlich oft unmögliche Weg. Schon daraus folgt, daß er eine praktische Allgemeinlösung unseres Problems nicht bieten kann, abgesehen davon, daß der Tatbestand eines Kaufvertrages zwischen E und K unproblematisch ist.

In die gleiche Gruppe gehört als Entgeltlicher Vertrag in besonderer Form der Fall, daß K die Sache an E herausgibt Zug-um-Zug gegen Abtretung seiner (Es) Ansprüche gegen V (s. oben S. 8, a). Im Gegensatz zum oben dargestellten Fall (S. 9, Nr. 1), daß K als Dritter mit der Herausgabe der Sache an E die Schuld des V tilgen will und dadurch auch die Ansprüche des E gegen V zum Erlöschen bringt (§§ 267, 362), bleibt hier unbestreitbar das Schuldverhältnis E—V durch die Leistung des K an E unberührt und deshalb abtretbar.

Gegen diese rechtlich unangreifbare Möglichkeit erheben sich so starke praktische Bedenken von der Interesseseite aus, daß auch sie als Allgemeinlösung unseres Falles ausscheiden muß. Während nämlich im oben dargestellten Fall des kaufweisen Erwerbs der Sache durch E einseitig die Interessen des K gewahrt werden, kommt der Vorteil der entgeltlichen Abtretung allein E zugute: Er erhält den erwünschten und sicheren Besitz der Sache und K tauscht dagegen eine Forderung gegen V ein, die sowohl rechtlich bestritten, wie auch tatsächlich (wirtschaftlich) schwer verwertbar sein kann. Dazu kommt, daß die Höhe des abgetretenen Anspruchs mit dem von ihm an V bezahlten Kaufpreis selten übereinstimmt, vielmehr meistens durch Einwendungen (durch

§ 404 BGB. gegen ihn aufrechterhalten), insbesondere Ansprüche für Aufwendungsersatz mehr oder minder stark vermindert wird. Alle diese Nachteile²¹⁾, vermehrt noch um das psychologische Argument, daß eine Zession wohl einem Geschäftsmann geläufig, einem unbefangenen Laien aber meist unangenehm ist, — wirken zusammen, um den besitzenden Erwerber von einem derartigen Tausch abzuhalten. — Schließlich ist nicht einzusehen, warum K, der als Besitzer in der stärkeren Lage ist, wenn er als Entgelt Zession verlangt, nicht viel einfacher sofort den von ihm aufgewandten Kaufpreis als „Lösegeld“ benennt, und es im übrigen dem E überläßt, seine Ansprüche gegen V durchzusetzen.

Ebensowenig wie in den dargestellten Fällen der entgeltlichen Rückgabe der Sache an E, wird der Bestand des Schuldverhältnisses zwischen E und V berührt, wenn

b) der Altberechtigte die Sache schenkungshalber oder

c) als Erbe des K erwirbt. — Immer sind dies rein interne Rechtsbeziehungen, die ohne Rücksicht auf das Außenverhältnis E—V eintreten und ohne Einfluß darauf bleiben. Wichtiger als diese Fälle, die zur Lösung des Problems nichts beitragen, sind die folgenden:

d) der Erwerber K hält sich irrtümlich für den Nichteigentümer und E für den Eigentümer und gibt aus diesem Grund an E heraus. Die „Rückgabe“ an E ist mangels notwendigen Übertragungswillens (§§ 925, 929 BGB) keine Eigentumsübertragung, — somit auch keine Erfüllung des Altberechtigten-Anspruchs. Zediert E diesen Anspruch nicht freiwillig an K, dann könnte dieser seine Abtretung durch Vindication erzwingen. Fall einer nachträglichen- oder Zwangszession (vgl. Beispiel b) Seite 8 oben); „... entweder du, E, trittst mir deinen Anspruch gegen V ab, oder gibst mir meine Sache wieder zurück..“

²¹⁾ Vgl. noch dazu die allgemeinen Nachteile unten S. 15 Nr. 3.

Die Zession ist hier grundsätzlich als Ausgleich geeignet.

e) K weiß, daß er Eigentümer geworden ist: Er gibt heraus im Glauben, selbst rechtlich dazu verpflichtet zu sein. Diese Verpflichtung besteht nicht. Auch hier bleibt das Schuldverhältnis E—V in seinem Bestande unberührt; denn die fremde Schuld des V an E wird nicht dadurch getilgt, daß K im Glauben selbst zu schulden, an E leistet. Es fehlt am Willen des K, die Schuld des V zu erfüllen.

Freiwillige, Zug-um-Zug-Zession ist möglich und Ausgleichslösung.

Die Frage, ob Rückgriff durch Zwangszession möglich ist, etwa mittels Drohung mit Kondiktion (condictio indebiti § 813 Abs. I, 1), erfordert die Unterscheidung, ob eine sittliche Pflicht bestand oder nicht. Im Falle der Bejahung einer sittlichen Pflicht oder wenn die Leistung „einer auf den Ans'and zu nehmenden Rücksicht“ (§ 814 2. Satzteil) entsprach, versagt eine Kondiktionsdrohung. Das darf als Regel angenommen werden.

Nur dann, wenn eine sittliche oder Anstandspflicht durch das Vorliegen besonderer Umstände ausgeschlossen wird, — und außerdem eine rechtliche Verpflichtung nicht vorliegt, — würde ein Kondiktionsanspruch zur Rückforderung der an E herausgegebenen Sache berechtigen. Stellt sich z. B. in unserem Fall (oben S. 1 Nr. 1) heraus, daß E sich bei einer anderen Gelegenheit die berechnete Feindschaft des K zugezogen hatte, dann ist K eine derartige wohlwollende Handlung wie die Wiederverschaffung des ersehnten Erbstückes nicht zuzumuten und eine sittliche Pflicht zu verneinen. Verlangt also K von E die Abtretung seines Anspruches gegen V, dann kann er mit Recht drohen, daß er andernfalls das Bild wieder zurückübertragen haben will.

f) K hält sich zwar nicht rechtlich, so doch sittlich zur Herausgabe verpflichtet. Er hat dann also „ge-

wußt, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war“, sodaß eine Rückforderung schon nach § 814 1. Satzteil abzulehnen wäre, — mithin ohne Unterschied, ob man, wie hier (oben Falle) eine sittliche oder Anstandspflicht für gegeben erachtet oder sie verneint. Heck²²⁾ verneint die Schutzwürdigkeit des Interesses an einer Rückforderung, weil „die Rechtsordnung kein Interesse daran hat, die Änderung des Willens zu schützen, wenn ihm (dem Leistenden) der Erfolg nachträglich nicht mehr ausreichend erscheint“. Die Begründung ist nicht durchschlagend. Der Tendenz der Vorschrift, die, wie Heck²²⁾ richtig ausführt, „auf Anerkennung und Bewertung der Sittenpflicht durch die Rechtsordnung“ beruht, entspricht vielmehr die Unterscheidung, ob eine sittliche (Anstands-)pflicht im gegebenen Falle bestand oder nicht. Fühlt sich der Leistende sittlich verpflichtet und besteht diese Verpflichtung (Entscheidung des Richters), dann ist mit Recht eine Kondiktion zu versagen. Sie ist dagegen zu gewähren, wenn die sittliche Pflicht nur irrtümlich als geboten gehalten wurde, in Wahrheit also nicht bestand. Dieser Vorschlag de lege ferenda ist folgerichtige Durchsetzung der im Gesetz nur halb vollendeten, wohl aber vollständig beabsichtigten Gleichbewertung der sittlichen mit den rechtlichen Pflichten²³⁾.

Zusammenfassung: Der Weiterbestand der Ansprüche des Altberechtigten gegen den Verfüger ist in

²²⁾ Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 142, b, S. 424.

²³⁾ Die gleiche Unterscheidung ist für den Fall durchzuführen, daß der Erwerber (K) an den Altberechtigten (E) herausgibt, ohne sich weder rechtlich noch sittlich verpflichtet zu fühlen, aber auch ohne die Voraussetzungen der Schenkung (vor allem den *animus donandi*, vgl. § 516 BGB.) zu erfüllen. Diese *causale* Übertragung des ebenfalls nur bei Nichtbestehen einer sittlichen oder Anstandspflicht (strengere Maßstäbe bei der Bewertung wegen stark verminderter Schutzwürdigkeit!) kondiziert werden können, — wenn nicht außerdem von vornherein jeglicher Ersatzwille auf Seiten des Erwerbers K, ausdrücklich oder auch nur stillschweigend fehlte. —

den Fällen a)—c) für Zessionszwecke ohne Bedeutung.

In den Beispielen d)—f) ist Abtretung als Ausgleich möglich, im Falle d) ²⁴⁾, — und bei Verneinung einer sittlichen Pflicht im Falle e) kann sie auch nachträglich erzwungen werden.

Bei e) und f) versagt der Schutz durch Kondiktionsdrohung, bei f) *de lege lata* zu Unrecht auch in den Fällen, in denen eine sittliche Verpflichtung zur Leistung fehlt.

3) Die Verwendbarkeit der Abtretung als Ausgleichsmöglichkeit und damit die Lösung unseres Problems wird bei näherer Betrachtung, auch in den Fällen, in denen sie theoretisch möglich wäre, praktisch stark in Frage gestellt:

Vertrags- oder Deliktansprüche des Altberechtigten E gegen den Verfüger V werden häufig gegeben sein; fehlen sie, dann bleibt nur der von Vertrag und Delikt losgelöste Bereicherungsanspruch, gestützt auf § 816 I, Satz 1. Soll dieser Anspruch an K zum Zwecke seines Regresses gegen V zediert werden, dann ist zu beachten (wenn die übrigen Voraussetzungen, nämlich Bestand und Zessionsbereitschaft, bzw. Möglichkeit der Zwangszession erfüllt sind), daß § 816 nur Bereicherungsanspruch ist ²⁵⁾ und demgemäß in seinem Umfang den allgemeinen Beschränkungen der Bereicherungsansprüche unterworfen ist. Zwar umfaßt er nicht nur den wahren Wert der Sache,

²⁴⁾ Der Fall ist allerdings praktisch der wichtigste, denn die Regelung des BGB. mit gutgläubigem Erwerb vom Nichtberechtigten ist im Volke sehr wenig verwurzelt.

²⁵⁾ So Oertmann, Komm., § 816, S. 1343; RGRäte-Komm. § 816, S. 517, 2; RGZ. 88,359, Staub-Könige Anm. 69 a, zu § 366 HGB. J. W. 1912, S. 584; Staudinger Komm. § 816, S. 1707, 3. — Anderer Ansicht: Planck, § 816, S. 1659, 1. Römer, ArchfZivPr. 119,351 ff. Kluckhohn, ArchfBürg. Recht 41,171. Schulz „Rückgriff und Weitergriff“ 1907, S. 110 ff., bes. 111. ArchfZivPr. 105,412. Schmidt Jahrb. f. Dogm. 72, 22, RGZ. (II., 26. IV. 1920) Seuff. 75, Nr. 212, S. 365 (Warn. 20, Nr. 160; Gruch. B. 65,92).

— insofern stellt er eine Erweiterung gegenüber § 812 dar, — sondern alles „Erlangte“, „ob durch Glück oder Geschick des Verfügenden erweitert²⁶⁾“. Aber immer ist unvermeidliche Schranke der § 818 III, der die Herausgabe einer Bereicherung davon abhängig macht, daß die Bereicherung zur Zeit der Geltendmachung noch besteht. Daran wird manche Rückgriffsmöglichkeit scheitern.

Weitere Schwierigkeiten, die ebenfalls einen gerechten Ausgleich vereiteln können, ergeben sich für alle zedierten Ansprüche daraus, daß nach erfolgter Abtretung der Schuldner V dem Zessionar K alle die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den Zedenten E begründet waren, § 404. Ein Beispiel einer derartigen, dem Erwerber K gegenüber ungerechten Einwendung wäre eine Gegenforderung für Ersatz eigener, werterhöhender Tätigkeit:

a) ein Juwelier V¹ hatte den Ring des Herrn E in dessen Auftrag vergrößert und die Edelsteine künstlerisch und modern umgefaßt.

b) Der Kunsthändler V² hatte ein ihm in Verwahrung gegebenes Bild, das als berühmte Kopie galt, durch Beseitigung der zwei obersten Schichten als echten Rembrandt festgestellt und nachgewiesen.

In beiden Fällen wurde die Tätigkeit der Veräußerer V¹ und V² bei der Bildung des Kaufpreises weitgehend berücksichtigt und dann auch vom Erwerber bezahlt.

Macht dieser nun seinerseits den Anspruch des Altberechtigten E geltend, dann muß er sich nicht unerhebliche Abzüge (V¹ = § 631; V² = § 683 und § 670) gefallen lassen, die in der Mehrzahl der Fälle einen gerechten Regreß des K vereiteln.

Praktische Erschwerungen für eine Zession bestehen ferner dann, wenn der Eigentümer (oder wenn dieser geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt

²⁶⁾ RGR-Komm. a. a. O.

ist — sein gesetzlicher Vertreter) unauffindbar ist, oder wenn mehrere Anspruch erheben, Eigentümer zu sein, wobei es feststeht, daß es der Veräußerer nicht war.

Ergebnis:

Die indirekte Lösung mittels Anspruchsabtretung ist wegen Untergang der Ansprüche unmöglich, wenn der Erwerber K diese Ansprüche durch Herausgabe der Sache erfüllt (§§ 363, 267). Sie ist ungeeignet auch bei existenten Ansprüchen:

1) weil die Unterscheidung, welcher der vielen möglichen Tatbestände von einem subjektiven Merkmale, — dem Willen des herausgebenden Erwerbers — abhängt, das in der Praxis meist schwierig festzustellen und noch schwieriger zu beweisen ist.

2) In allen Fällen wegen der möglichen Einwendungen auf Grund § 404 BGB.

3) Im Hauptfall des 816-Anspruchs, wegen des beschränkten Umfanges des Bereicherungsanspruches und

4) aus rein praktischen Bedenken.

Die Gründe unter 1)–3) sprechen auch dann noch gegen die Zessionslösung, wenn de lege ferenda eine cessio legis (in Anlehnung an die Regelung zugunsten des bezahlenden Bürgen, § 774 BGB.) zugunsten des leistenden K geschaffen würde. Auch sie würde keine voll genügende Lösung bringen²⁷⁾.

²⁷⁾ Vgl. aber dazu den Vorschlag Hecks, a. a. O. S. 256 über einen Lösungsanspruch.

§ 4.

III. Direkte Lösungen.

Lösungsmöglichkeit mittels einer analogen Anwendung des im § 407 BGB. gewährten Wahlrechtes.

Den Zusammenhang zwischen unserem Problem und den Fragen um die Auslegung des § 407 BGB. (Pr. ALR § 413, Teil I, Tit. 11; Sächs. BGB. § 972; CC Art. 1691; Schweiz. Oblig. Recht Art. 187; Österr. ABGB. § 1395) hat Kipp²⁸⁾ in seiner Kritik zu Heck, Grundriß des Schuldrechts, festgestellt. Wie bereits ausgeführt²⁹⁾ lehnt Kipp, von § 407 BGB. ausgehend, allgemein einen Zwang, sich auf den eigenen guten Glauben zu berufen, ab. Es ist zu prüfen, ob der Ausgangspunkt Kipps, die Zulassung der Wahlmöglichkeit in § 407 zu billigen ist:

1. Zwei Hauptmerkmale stellen die Abtretung nach Bürgerlichem Recht in Gegensatz zur Zession des Gemeinen und Römischen Rechts: einmal die Möglichkeit der einseitigen Verfügung über eine Forderung, ohne Mitwirkung des debitor cessus, dann das Nichterfordernis einer denuntiatio³⁰⁾. Beide Merkmale fördern einseitig die Interessen des Gläubigers (zugleich in dem höheren Interesse der Förderung des geschäftlichen Verkehrs). Dies erfordert notwendig Äquivalente auf der Schuldnerseite, der Seite des „präsumptiv wirtschaftlich Schwächeren“. Dieses Problem des Schuldnerschutzes wird so gelöst³¹⁾:

a) Die Lage des Schuldners darf durch die Abtretung nicht verschlechtert werden; die §§ 404—406 erhalten die Einwendungen, die ihm gegenüber dem alten Gläubiger zustanden, auch gegenüber dem neuen Gläubiger.

²⁸⁾ Jur. W. 1931, 1169.

²⁹⁾ siehe oben S. 3 f.

³⁰⁾ Im ganzen nicht unbestritten. Vgl. Belegstellen von Windscheid, Pandekten S. 368 ff., II. Bd., § 331.

³¹⁾ Heck, Schuldrecht § 65, 6, S. 196.

b) Ein „doppelter Rechtsschein³¹⁾“, den die §§ 409—411 gegenüber dem „legitimestischen Prätendenten³¹⁾“ enthalten, steht der „historische Rechtsschein“ des § 407 zugunsten des Altgläubigers gegenüber. Er bedeutet, daß der Zedent solange dem Schuldner gegenüber zur Annahme von Leistungen und zum Abschluß von Rechtsgeschäften legitimiert ist, bis dieser Kenntnis von der Abtretung erlangt: Schutz des guten Glaubens. (Einziger Fall im Recht der Schuldverhältnisse unseres Systems.) Ob § 407 eine bloße Schutzvorschrift ist, wird lebhaft bestritten.

2. a) Die Meinungen der Literatur trennen sich bei der Frage, ob die Wirkung der nach § 407 zwischen Schuldner und Zedent abgeschlossenen und gültigen Rechtsgeschäfte absolut (objektiv) oder nur relativ (subjektiv) ist. Das Bekanntnis zu der einen oder anderen Ansicht wird praktisch bei der Entscheidung darüber, ob der Schuldner seine Leistung an den alten Gläubiger in jedem Falle gelten lassen muß, oder ob ihm ein Rückforderungsrecht³²⁾ zusteht, wenn er nachträglich von der Abtretung Kenntnis erlangt. Die „Objektivisten“ verneinen eine derartige Wahlmöglichkeit zugunsten des Schuldners. Mit der Leistung ist „die Sache erledigt“³³⁾, eine Rückforderung und damit die Herstellung eines status quo ante ausgeschlossen.

Die heute³⁴⁾ herrschende Meinung steht auf entgegengesetztem Standpunkt und gewährt das Wahlrecht (gelten lassen oder rückfordern = condicieren der Leistung).

Die Argumente, die von den Vertretern der beiden Ansichten angezogen werden, wiederholen sich: Die Objektivisten, wie sie hier genannt sein sollen, schreiben vor allem der Verkehrssicherheit, dem Interesse an der Vermeidung eines Schwebezustandes, überragende Bedeutung

³²⁾ Nach Kondiktionsvorschriften u. -grundsätzen, cond. indebiti.

³³⁾ Heck a. a. O.

zu. Die Subjektivisten stellen in den Vordergrund vor allem die ratio legis, den Schutz des Schuldners, dem bei der Abwicklung der Interessen der Vorrang einzuräumen ist. Der Wortlaut wird auf beiden Seiten als Argument benützt.

Sobernheim³⁵⁾ vergleicht den Sprachgebrauch des § 407 mit den anderen Vorschriften, die die Formulierung „... gegen sich gelten lassen ...“ enthalten. Es sind dies die §§ 68,2; 407,2; 409 I; 573,2; 576 I; 720; 858 II; 859 IV; 1156,2; 1399 II,2; 1404; 1473 II; 1524 II; 2019 II; 2111 I,2; wobei die §§ 720; 1473 II; 1524 II; 2019 II; 2111 I,2 direkt auf § 407 (§§ 406—408) Bezug nehmen. In ausführlicher, im Ganzen aber nicht überzeugender Beweisführung, wird als Ergebnis festgestellt, daß diese Formulierung in keinem der angezogenen §§ ein Wahlrecht gewährt und daß infolgedessen auch im Falle des § 407 der Wortlaut keine Stütze dafür bietet.

Zum gleichen ablehnenden Ergebnis kommt Salomon³⁶⁾, besonders mit Rücksicht auf die §§ 892, 893. Salomon setzt den in diesen Fällen gebrauchten Wortlaut „... gilt als richtig“ die Formulierung „... gegen sich gelten lassen“ gleich, weil letztere — ebenso wie „... ist wirksam“ — „gar nichts anderes bedeuten kann“. Zum Beweis dieser Ansicht, daß nämlich im Falle des § 892 kein Wahlrecht gewährt werden soll, wird der Kommentar der RGRäte³⁷⁾ angeführt, wonach das Grundbuch

³⁴⁾ Man kann seit der Neuauflage von Staudinger, Komm. zum BGB., 9. Aufl. 1930 (im Gegensatz zur 7./8. Aufl.) und Oertmann, Komm. 5. Aufl. (im Gegensatz zur 4.) von einer Änderung der herrschenden Meinung zu der im Text mitgeteilten Ansicht sprechen. Vgl. dazu v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB. III, 1; Planck-Sieber, Komm. III, 3.

³⁵⁾ Sobernheim, Franz, „Ein Beispiel für die Anwendung materiell-rechtlicher Vorschriften zugunsten des Guten Glaubens“ (§ 407) Berl. Diss. 1906, S. 33 ff.

³⁶⁾ Salomon, Jur. Wochenschrift 1914, 729.

³⁷⁾ RGR-Komm. (2. Aufl. 2. Bd. § 892, 1).

nicht nur dann als richtig gilt, wenn der Erwerber es zu seinen Gunsten in Anspruch nehmen will, sondern daß seiner Wirkung allgemeinere Bedeutung zukommt.

Im Gegensatz zu den Genannten nimmt Oertmann³⁸⁾ an, daß neben dem rechtspolitischen Zweck auch der Wortlaut zugunsten des Wahlrechts spricht. Oertmann schließt per argumentum e contrario (im Hinblick auf den ausdrücklich anderen Sprachgebrauch der §§ 362 II, 185 I, nämlich „ist wirksam“), wo Salomon und Sobernheim zur Ablehnung wegen notwendiger Analogie kommen. Im Ergebnis wie Oertmann ebenfalls ohne nähere Begründung, Regelsberger³⁹⁾ und RG 250,184.

b) Für die Anwendung des Wortlauts als Argument in der Frage der dem Schuldner zu gewährenden Konditionsmöglichkeit, ist festzustellen: der Wortlaut ist in dieser neutral, er ist weder pro noch contra Wahlrecht verwertbar. Die Formulierung „gegen sich gelten lassen“ kommt einmal in Fällen vor, in denen mit Sicherheit eine Wahlmöglichkeit verneint werden muß⁴⁰⁾, sodaß ihr Gebrauch in andern Vorschriften nicht allein für deren Bejahung verwendet werden kann; andererseits ist sie auch nicht gleichbedeutend mit den verwandten Ausdrücken „ist wirksam“, „gilt zugunsten“, die ebenfalls von vornherein gegen ein Wahlrecht sprechen. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber beabsichtigt, den Wortlaut zur Erreichung einer Unterscheidung zu benutzen, liegt dies auf einer anderen Ebene: „gegen sich gelten lassen“ hat relative Wirkung, „ist wirksam“ stellt Rechtsbeziehungen dagegen absolut, inter omnes, fest.

c) Dazu folgende Beispiele:

aa) In § 409 bestimmt das Gesetz, daß der Gläubiger „dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung

³⁸⁾ Oertmann, Kommentar a. a. O. zu § 407, I, c S. 459. (5. Aufl.)

³⁹⁾ Regelsberger, Dogm. J. 47, S. 367.

⁴⁰⁾ z. B. § 68 Satz 2. Vgl. Sobernheim a. a. O. S. 34.

gegen sich gelten lassen muß, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist“. Damit wird ausgesprochen: Auch bei objektiver Unwirksamkeit wird die dem Schuldner angezeigte Abtretung behandelt „als ob“ sie wirksam wäre. Aber auch nur dem Schuldner gegenüber ist diese Rechtswirkung gegeben. Sie ist somit relativ — Dritte, besonders der Scheinzessionar, können zu ihren Gunsten Rechte daraus nicht herleiten. (Eine etwaige Leistung des Schuldners an den Scheinzessionar ist von diesem nach § 816 herauszugeben⁴¹⁾). Diese Relativität war der einzige Zweck der angewandten Formulierung „gegen sich gelten lassen“. Insbesondere ist ein Wahlrecht des Schuldners daraus nicht zu folgern⁴²⁾ ⁴³⁾. Nach richtiger Ansicht⁴⁴⁾ ist § 409 keine Vorschrift zugunsten des gutgläubigen Schuldners, sondern bezweckt lediglich, daß „der Gläubiger an seinem in der Abtretungsanzeige beurkundeten Worte dem Schuldner gegenüber festgehalten wird“⁴⁵⁾. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Schuld-

⁴¹⁾ Ebenso Staudinger, Komm. § 409 1 II,1 (9. Aufl.).

⁴²⁾ Allerdings steht es dem Schuldner vor der Leistung frei, ob er dem angezeigten Nichtzessionar leisten will, d. h. er hat insofern ein Wahlrecht, als er zwar mit befreiender Wirkung an den Zessionar leisten kann, aber nicht leisten muß, wenn er den Mangel der Abtretung kennt (z. B. weil sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist). Dem Schuldner steht es dann frei, das Recht des Zessionars zu bestreiten, und an den Zedenten zu leisten. Allerdings tut er dies auf seine Gefahr. (So Staudinger, § 409,1. Mit zahlreichen Litzit.) Umgekehrt kann der Schuldner nach § 826 dem Zedenten gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet werden, wenn er trotzdem leistet, obwohl ihm die Unwirksamkeit der Abtretung bekannt war und um das Vermögen des Zedenten vorsätzlich, wider die guten Sitten, zu beschädigen. Bloße Kenntnis der Unwirksamkeit würde nicht genügen, ebenso nicht die Leistung bei Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen. — Staudinger a. a. O.

⁴³⁾ Exceptio ex iure tertii? Vgl. Rappaport, Die Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis.

⁴⁴⁾ Planck-Siber, Komm. § 409, Bem. 1, a. Oertmann, Komm. 409 Bem. 1, a und Staudinger a. a. O.

⁴⁵⁾ Staudinger a. a. O.

ner „gutgläubig“ war; auch wenn er die Unwirksamkeit der Abtretung kannte, wird er dem Gläubiger gegenüber befreit.

Als Ergebnis ist hier festzuhalten: die Formulierung „gegen sich gelten lassen“ stellt einen Gegensatz zum objektiven „ist wirksam“ dar, bedingt aber kein Wahlrecht⁴⁶⁾ 47).

bb) Im § 573 gebraucht das Gesetz in Satz 1 „ist wirksam“, in Satz 2 „gegen sich geltenlassen“. Dabei kann nicht angenommen werden, daß hier eine inhaltliche Unterscheidung vom Gesetzgeber bezweckt war. § 573 Satz 2 stellt die Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters über den Mietzins ohne Rücksicht auf die Zeit (Gegensatz zu Satz 1) auf, wenn der Erwerber sie kennt; und zwar ebenso absolut wie die Wirksamkeit der Verfügungen für das laufende oder folgende Kalendervierteljahr ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Erwerbers.

Von einem Wahlrecht kann auch hier nicht gesprochen werden. Die Vorschrift hat die allgemeine Tendenz, vor allem (außer einer wirtschaftlich notwendigen Bewegungsfreiheit des Vermieters über eine verhältnismäßig kurze Zeit) den Erwerber davor zu schützen, daß sein Veräußerer (der Vermieter) durch Verfügungen über den Mietzins das Grundstück für eine längere Zeit entwertet. (Was durch den in § 571 Abs. 1 verankerten Grundsatz des „Kauf bricht nicht Miete“ möglich ist.) Dieses Schutzinteresse fehlt zwar, wenn der Erwerber die Verfügungen beim Eigentumsübergang kennt, aber es wird weder auf den Vermieter noch auf sonst jemanden übertragen, sodaß die Gewährung einer Wahlmöglichkeit absolut entfällt.

⁴⁶⁾ Anders Hellwig, Rechtskraft S. 383, N 30 (zit. bei Sobernheim a. a. O. S. 35), der auch im Falle des § 409, wie allgemein bei der Formel „gegen sich gelten lassen“ ein Wahlrecht bejaht.

⁴⁷⁾ Vgl. § 576 mit der analogen Regelung wie § 409.

Daß der Wortlaut für die Beurteilung der Frage nach dem Wahlrecht unmaßgeblich ist, beweist außer den obigen Beispielen die Heranziehung des

cc) § 574. Es ist unverkennbar, daß der speziellen Regelung des § 574 der gleiche Gedanke zugrunde liegt, wie im Falle des § 407. Der gutgläubige Mieter soll für einen bestimmten Zeitraum wirksam mit seinem Vermieter Rechtsgeschäfte abschließen können, — sie sind „dem Erwerber gegenüber wirksam“. Es kann schwerlich bestritten werden, daß diese Formulierung keine andere Bedeutung hat als die „gegen sich gelten lassen“, die § 407 gebraucht. Die Frage des Wahlrechts ist in beiden Fällen gleich zu beantworten⁴⁸⁾.

d) Der Wortlaut gibt keinen Anhaltspunkt für eine Entscheidung der Wahlrechtsfrage. Es ist zu prüfen, ob aus der ratio legis ein Urteil möglich ist:

Die Anhänger der Wahlrechtsgewährung schöpfen ihre Argumente vornehmlich aus dem Zweck des Gesetzes. Sie stellen über alles den Schutz des Schuldners und führen den Ausgleich auf dem Wege der Ungerechtfertigten Bereicherung, insbesondere der *condictio indebiti* durch. Zu diesem Schluß kommt Staudinger⁴⁹⁾ mittels der Annahme, daß „die Sachlage nur zum Schutze des Schuldners so angesehen wird, als ob der Zedent noch Gläubiger wäre“, wobei es dem Schuldner freisteht, von dem ihm eingeräumten Schutz Gebrauch zu machen.

Der Schuldner „kann es, aber er muß es nicht“. Allgemeiner sprechen Oertmann⁵⁰⁾ vom „rechtspolitischen Zweck“, Enneccerus⁵¹⁾ vom „Zweck des Nur-Schützen-Wollens“, das Reichsgericht⁵²⁾ von „Billigkeit

⁴⁸⁾ Weitere Beispiele Sobenheim a. a. O. S. 36 ff.

⁴⁹⁾ Staudinger, Komm. § 407, III, S. 839 9. Aufl. im Gegensatz zur 8. Aufl.

⁵⁰⁾ Oertmann 5. Aufl. Komm. § 407, 1, c, S. 459.

⁵¹⁾ Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürg. R. § 304, Anm. 2. 12. Bearbeitung (Lehmann) S. 293.

⁵²⁾ RGZ. 83, 181; 52, 184 (Warn. 1912, Nr. 202.)

und Zweckmäßigkeit“, die dem Schuldner die Kondition lassen wollen. Regelsberger⁵³⁾ bringt die Lösung auf die Formel, daß die Leistung des Schuldners eine liberatio debitoris, keine solutio bedeutet; der Mangel der gültigen Zahlung an den Zedenten gewährt dem Schuldner das Recht, die Leistung als indebite solutum zurückzufordern. Ebenso Kipp⁵⁴⁾: „der Schuldner wollte sich durch Leistung an den Gläubiger befreien, — ein Zweck, der auch nicht dadurch erfüllt wird, daß die Befreiung auf anderem Wege (§ 407) eintrat. Der Schuldner kann demnach seine Leistung kondizieren.“

Die Stimmen der Gegner sind nicht weniger zahlreich. Ihr Hauptargument ist die Gefahr, daß die Gewährung der Rückforderungsmöglichkeit zu „Willkür“ und „ärgster Rechtsunsicherheit“⁵⁵⁾ führt und eine „dauernde Unsicherheit der Rechtslage“⁵⁶⁾ zur Folge hat. Einen für die Beteiligten gefährlichen Schwebezustand fürchtet ebenfalls Heck⁵⁷⁾, der insbesondere dem Schuldner die Möglichkeit, durch Spekulation zu einer Verbesserung seiner Lage zu kommen, versagen will. Grundsätzliche Bedenken hat von Tuhr⁵⁸⁾: „Die Rechtswirkungen des guten Glaubens kommen dem gutgläubig Handelnden ex lege zu, er braucht diese Wirkungen nicht zu wollen, kann sie aber auch nicht ablehnen“. Zu diesem Schlusse kommt v. Tuhr auf Grund des Wortlauts der §§ 892, 932, wobei er die ipso iure Wirkung analog auf die §§ 2366⁵⁹⁾ und 407 ausdehnt⁶⁰⁾.

⁵³⁾ Regelsberger, Dogm. J. 47, S. 367.

⁵⁴⁾ Kipp, Festgabe für Gierke II, S. 201. Ebenso Cosack, Lehrb. § 114, II, 2, a, — Dagegen Endemann, (1903) Lehrb. § 152, Anm. 22. Warneyer, Rechtsp. 1912 Nr. 202, S. 222. Kohler, Lehrb. II, S. 169.

⁵⁵⁾ M. Wolff, Festgabe für Gierke II, S. 140.

⁵⁶⁾ von Tuhr, Allgemeiner Teil II, S. 141.

⁵⁷⁾ Heck, Schuldrecht (1929). § 67, S. 205 f.

⁵⁸⁾ von Tuhr a. a. O.

⁵⁹⁾ Insbesondere gegen Planck, Komm. Erl. IV, 2 zu § 2366.

⁶⁰⁾ Ebenso Leonhardt, Allg. Schuldrecht, S. 666 Anm. 62, 63. M. Wolff, Festgabe für Gierke II, 140, Salomon, J. W. 1914, 729, —

Die herrschende Ansicht⁶¹⁾, die das Wahlrecht gewährt, ist als richtig anzuerkennen. § 407 schützt bewußt den Schuldner im Interesse der Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Diesem Interesse wird dadurch gedient, daß der Schutz so weit ausgedehnt wird, daß der Schuldner keine Nachteile durch seine Unkenntnis von der erfolgten Zession erleidet. Abgesehen von dem oft gebrauchten Aufrechnungsbeispiel⁶²⁾ besteht die Möglichkeit, daß der Zessionar ein viel angenehmerer Gläubiger ist⁶³⁾, — wenn er nicht überhaupt die Forderung vom Zedenten (stillschweigend) zu dem Zweck erworben hat, sie dem Schuldner zu erlassen.

In allen diesen Fällen ist sicher, daß allein die Unkenntnis von der Abtretung die Ursache der Benachteiligung des Schuldners ist. Dabei ist nicht einzusehen, warum nicht dem Schuldner auch die Chance zu gewähren ist, einen besseren Gläubiger zu erhalten, wo doch die dringende Gefahr besteht, daß durch die ohne sein Zutun mögliche Gefahr eine Verschlechterung eintritt. — Vor allem aber besteht kein Interesse, den Zedenten, der mit oder ohne Verschulden⁶⁴⁾ die Leistung⁶⁵⁾ angenommen

der außerdem aus Gründen der Billigkeit (vgl. Heck a. a. O.), Verkehrssicherheitsgefährdung und insbesondere wegen Konstruktionschwierigkeiten zur Ablehnung der Rückforderungsmöglichkeit kommt. — Weitere Literaturangaben bei Staudinger a. a. O.

⁶¹⁾ Vgl. Anm. 38, S. 21.

⁶²⁾ Wenn z. B. der cessus eine Forderung gegen den Zessionar hat, würde ihm nach erfolgter Zession die Möglichkeit der Aufrechnung in Höhe der eigenen Forderung zustehen. (Große Bedeutung im Falle der Insolvenz des Zessionars.) Diese Möglichkeit geht durch die Zahlung an den Zedenten verloren.

⁶³⁾ Z. B. sich mit einem geringeren Zinsfuß begnügt oder geduldiger ist.

⁶⁴⁾ Aus Versehen, oder weil sein Erbe in Unkenntnis der Abtretung die Leistung angenommen hat.

⁶⁵⁾ Die Leistung wird als das praktisch wichtigste Beispiel anstatt aller andern möglichen Rechtsgeschäfte (Kündigung u. a.) genannt.

hat, gegenüber dem Schuldner zu schützen; denn die Leistung muß er, — gültige Zession vorausgesetzt, — in jedem Falle herausgeben.

Das theoretisch so schwer wiegende Argument der Willkür- und Rechtsunsicherheitsgefahr stellt sich in der Praxis des Lebens (und speziell der Wirtschaft) als wenig wirksam dar. Denn es fehlt einmal an einem Interesse des Schuldners, einen Schwebezustand aufrecht zu erhalten (da er bereits geleistet hat), andererseits hat der Zessionar die Möglichkeit, im Wege der Klage (§ 816) aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis (z. B. Forderungskauf) durch Klage gegen den Zedenten auf Herausgabe der Leistung des Schuldners Klarheit zu schaffen.

3. Die zur Verneinung des Wahlrechts führende Analogie ⁶⁶⁾ zwischen § 407 und den §§ 892, 932, 2366 ist abzulehnen.

a) Abgesehen von dem Unterschied des Wortlauts (besonders darf die grundsätzlich verschiedene Fassung des § 932 im Vergleich zu § 407 nicht übersehen werden) wird der Gutgläubige im Obligationenrecht anders behandelt als im Sachenrecht. Das Gesetz stattet auf dem Gebiet des Sachenrechts im Interesse der Rechtssicherheit Grundbuch, Besitz und Erbschein mit einer Publizitätswirkung aus, die im Schuldrecht speziell beim Erwerb von Forderungen einem auch noch so gutgläubigen Erwerber versagt wird. Die verschiedene historische Entwicklung zwischen dem Eigentumserwerb an Sachen und dem an Rechten hat ihren Grund in der inneren Verschiedenheit der beiden Materien ⁶⁷⁾. Während die Ähnlichkeit des äußeren Vorganges zu einem Schutz des in Bezug auf den Bestand einer Forderung gutgläubigen Zessionars führen würde, schützt das Gesetz statt dessen eine im

⁶⁶⁾ So von Tuhr, M. Wolff, Leonhardt a. a. O., alle allerdings ohne Begründung.

⁶⁷⁾ So Sobernheim a. a. O. S. 2.

Sachenrecht überhaupt unbekannte Figur, den Schuldner. Wenn auch bei jeder Analogie dem *tertium comparationis* ⁶⁸⁾ ungleiche Elemente gegenüberstehen, so sind diese hier so wesentlich, daß sie beim Analogieschluß nicht ausgeschaltet werden können und dadurch den Schluß verhindern. Es ist durchaus nicht unverständlich, wie Martin Wolff ⁶⁹⁾ annimmt, wenn das Gesetz in den §§ 892, 932 andere Wirkungen festsetzt als im § 407 getroffen werden. Die Regelung des guten Glauben-Schutzes im Sachenrecht besagt nichts gegen die Annahme eines Wahlrechts im Fall des § 407.

Die Ablehnung einer Analogie ist bereits eine Entscheidung der von Kipp ⁷⁰⁾ gestellten Frage, „ob man jemanden zwingen kann, sich auf seinen guten Glauben zu berufen“. Umgekehrt ist auch richtig, daß die Bejahung eines Wahlrechts nach § 407 keine Ausdehnung auf die §§ 892, 932, 2366 ⁷¹⁾ findet.

Wenn das Gesetz in diesen (und allen andern Fällen des guten Glauben-Schutzes) Vorschriften die Grundsätze der Rechtslogik aufgibt und das Interesse an dem hohen Gut der Rechtssicherheit hinter dasjenige der Verkehrssicherheit zurückstellt ⁷²⁾, dann nur in unbedingt notwendigen Grenzen ⁷³⁾, bei restriktiver Auslegung. Die Lösung des Problems „Fahrradwerb vom Nichtberechtigten“, die § 932 gibt, ist Schlußstein und Produkt einer

⁶⁸⁾ Hier der Schutz des guten Glaubens.

⁶⁹⁾ Martin Wolff, Festgabe für Gierke II, 140.

⁷⁰⁾ J. W. 1931, 1169.

⁷¹⁾ Der Kreis der Vorschriften, die bona fides schützen, wird hier absichtlich auf diese im Text genannten Paragraphen beschränkt. Vgl. außer ihnen die §§ 1032, 1207, 1208, 1257, 1244. Ebenso die §§ 135 II, 136, 7 KO, 161 III, 163 u. a. BGB.

⁷²⁾ Heck, Sachenrecht § 43 I, 2.

⁷³⁾ Über die Voraussetzungen der Anwendbarkeit vgl. die Kommentare und die dort zitierte Einzelliteratur.

langen, vor allem aber in ihren innersten Grundlinien verschiedenen historischen Entwicklungsreihe ⁷⁴⁾.

Allen Rechtssystemen ist in allen Stufen gemeinsam, daß jede Regelung absolut (objektiv) getroffen wird, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber von dem ihm eingeräumten Schutz Gebrauch machen will oder nicht ⁷⁵⁾. Wenn die Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, Tradition (bzw. Grundbucheintrag) und nichtgrob-fahrlässiges Glauben an das Eigentum des Veräussernden gegeben sind, dann wird neues Eigentum erworben, altes verloren ⁷⁶⁾. Für die Gewährung eines Wahlrechts gibt weder die Geschichte noch die Literatur einen Anhaltspunkt.

b) Das Erfordernis der Gutgläubigkeit ist Ergebnis des Einflusses römisch-rechtlichen Ersitzungsrechts ⁷⁷⁾. Sie ist ebenso sachliche Voraussetzung für den Eigentumserwerb (allgemein: Rechtserwerb, vgl. auch § 936) wie die Übergabe (Grundbucheintrag) des Besitzers. Die Verwandtschaft mit dem idealistischen Begriff der Treue (vgl. die Zusammensetzung „Treu und Glauben“) verleitet zum irreführenden Eindruck, daß das Tatbestandsmerkmal „Guter Glaube“ eine besondere Behandlung, sagen wir, besondere Rücksicht gebietet. In Wirklichkeit unterscheidet es sich von der notwendigen Tradition (oder Traditionssurrogate wie *brevi manu traditio*, *constitutum pos-*

⁷⁴⁾ Über die Geschichte des Fahrnisserwerbs vom Nichtberechtigten vgl. ausführliche Zitate bei Martin Wolff, Sachenrecht, § 68 S. 215 (1932); daselbst rechtsvergleichende Angaben. — Über die rechtspolitische Richtigkeit der im BGB. gegebenen Regelung vgl. Binding, „Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nicht-eigentümer“; Heck, Sachenrecht, (1930) S. 256.

⁷⁵⁾ Z. B. im deutschen Recht des Mittelalters unangreifbaren Besitz s. u. S. 64 ff.

⁷⁶⁾ Auf die lebhafte Streitfrage (vgl. die Kommentare an den einschlägigen Stellen), ob derivativer oder originärer Erwerb, kann hier nicht eingegangen werden.

⁷⁷⁾ M. Wolff, Sachenrecht, § 68 III, Anm. 3.

ssessorium, — bzw. Eintragung) nur darin, daß diese „äußere“, die bona fides „innere Tatsache“ ist. Dieser Charakter wird deutlich, wenn man statt von „Gutem Glauben“ realistischer von „Kenntnis“ und „Unkenntnis“ einer Rechtsbeziehung spricht. „Zwang, sich auf den guten Glauben zu berufen“ bedeutet rechtlich nichts anderes als Zwang, sich z. B. die Besitzübergabe vorwerfen zu lassen. Im Streitfall sind beide Tatbestandsmerkmale gleichmäßig zu behaupten und zu beweisen. Der Beweis des Guten Glaubens macht, wie die Kenntnis, höchstens praktische, keine prozessuale Schwierigkeiten⁷⁸⁾.

Mit Martin Wolff⁷⁹⁾ ist auch die Zulassung des Wahlrechts de lege ferenda abzulehnen.

Der Schutz des Einzelnen muß ohne Rücksicht auf seine individuelle Feinfühligkeit dort aufhören, wo das Interesse der Allgemeinheit an einem sicheren Rechtsverkehr verletzt zu werden droht. Auch die Interessenabwägung spricht für das Gebiet des Sachenrechts, das zu absoluten Rechtsbeziehungen von Personen zu Sachen neigt, gegen relative Wirkung in den Fällen gutgläubigen Eigentumserwerbs.

Vor allem ist ein Vergleich des Guten Glauben-Schutzes der §§ 892, 932 mit § 407 zu beachten, daß in dieser Vorschrift der Schutz einerseits allein zugunsten der Person des Schuldners geschaffen wurde, andererseits allein der Zessionar der Betroffene ist. Weiter wird lediglich der Zedent berührt, wenn der Schuldner kraft Wahlrecht konzidiert und sich dem Zessionar gegenüber nicht auf § 407 beruft. Dabei kann ein Recht des Zedenten deswegen nicht mehr verletzt werden, weil er an der Leistung überhaupt keines mehr besessen hat. Diese Wirkungen

⁷⁸⁾ Dabei lassen sich sehr leicht Fälle denken, in denen gerade die Besitzübergabe sehr bestritten sein kann, z. B. wenn sich Besitzkonstitut oder Übergabe mit Verwahrungsvertrag (Beispiel aus § 868) gegenübersteht.

⁷⁹⁾ M. Wolff, „Theodor Kipp“ Vortrag, S. 15 (1933).

sind typisch für die Relativität des Schuldrechts⁸⁰⁾. Sie sind dabei vollkommen verschieden, wenn es sich um den Eigentumserwerb handelt; denn seine Entstehung (oder Verlust) berührt nicht nur — relativ — Rechtsbeziehungen zu einem Individuum, sondern eröffnet eine bestimmte Stellung gegenüber der Gesamtheit der Rechtsgenossen. Gegen sie alle wirkt nämlich das dingliche Recht kraft seines absoluten Charakters und gegen die Allgemeinheit kann der Eigentümer „mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“ (§ 903).

Ergebnis:

Die Lösung des Interessenkonfliktes kann weder durch direkte noch analoge Anwendung des für § 407 behaupteten und bewiesenen Wahlrechtes erfolgen.

Die bei der Abtretung von Forderungen bejahte Konkuktionsmöglichkeit zu Gunsten des gutgläubigen Schuldners kann nicht auf sachenrechtliches Gebiet ausgedehnt werden.

Die Gutgläubigkeit des Erwerbers vom Nichtberechtigten ist Tatbestandsmerkmal und nimmt gegenüber den anderen Voraussetzungen eines Rechtserwerbs keine Sonderstellung ein. War der Erwerber gutgläubig, dann hat er *de lege lata* unbeschränktes Eigentum, unabhängig von seinem Willen, erworben.

§ 5.

Der Weg über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB.).

1. Im Anschluß an die Untersuchungen über das Schicksal des Verhältnisses zwischen Altberechtigtem (E) und Verfüger (V) bei den verschiedenen möglichen subjektivi-

⁸⁰⁾ Vgl. zu diesem Problem Wilhelm Groh, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe 3. Bd. S. 119. Als Beispiel einer „echten Außenwirkung absoluter Forderungsrechte“ wird ge-

ven Einstellungen des Erwerbers (K) (vgl. oben S. 8, 10 ff.) ist folgende Möglichkeit angedeutet worden:

Eine Zession der Ansprüche des E gegen V an K ist zum Zwecke des Regresses K gegen V dann unmöglich, wenn K auf Grund § 267 leistet und damit nach § 362 die Schuld des V erfüllt. Es ist zu prüfen, ob nicht K Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag zugunsten des V gegen diesen geltend machen kann, §§ 683, 684.

Das „geführte Geschäft“ ist die Schuldtilgung. Sie ist (präsumptiv) objektiv fremdes Geschäft⁸¹⁾, wird aber erst dann zur Geschäftsführung „für einen anderen“, wenn der Geschäftsführer (K) mit Willen (animus) und Bewußtsein gehandelt hat, „das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen“⁸²⁾.

Mit Recht stellt die herrschende Meinung⁸³⁾ den Willen⁸⁴⁾ als Tatbestandsmerkmal auch⁸⁵⁾ bei objektiv frem-

rade § 407 angeführt. — Ebenso Oertmann, a. a. O. § 823, 3, c; dagegen: Heck, Schuldrecht, § 1 S. 3b und § 150 S. 458, 1; Ennecerus, Lehrbuch, § 451 I, 1, a und Rez. III, 302, wo gerade für den Fall des § 407 Außenwirkung abgelehnt wird.

81) Über die begriffliche Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremdem Geschäft, insbesondere auch über die Bedeutung des Unterschieds vgl. Staudinger Komm. § 677, 2 b; Planck Komm. Bem. 2, b mit Beispielen, — statt aller andern.

82) Staudinger a. a. O.

83) vgl. Oertmann Komm. § 683, 3. b. c; RGZ 84, 390; Planck Komm. S. 1214 b; RGR-Komm. §§ 683, 687; Staudinger a. a. O.; Heck, Schuldrecht, § 120 S. 356, 1. Die Genannten unterscheiden z. T. zwischen subjektiv u. objektiv fremdem Geschäft; Oertmann u. Planck fordern für subjektiv fremdes Geschäft Absicht und Bewußtsein (Oertmann) oder für subjektiv fremdes Geschäft Absicht, für objektiv fremdes Geschäft Bewußtsein (Planck). RGR-Komm., Staudinger, Heck verlangen gleichmäßig Wille (Heck: Absicht) und Bewußtsein. — RGZ 84, 390 unterscheidet überhaupt nicht und verlangt „Wille, mindestens Bewußtsein“.

84) Inhaltlich gleichwertig auch mit „Absicht“ bezeichnet: Heck a. a. O., Planck a. a. O.

85) Vgl. Oertmann: Nur bei subjektiv fremden Geschäften (oben Anm. 3).

den Geschäften auf. Er ist entscheidendes Kriterium vor allem gegenüber dem Tatbestand des § 687 Abs. II ⁸⁶⁾.

Erst dann, wenn K auch den Willen (Absicht) zur negotiorum gestio gehabt hat, ist die Untersuchung gerechtfertigt, ob auch die zur Begründung eines Ersatzanspruches gemäß § 683 erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind.

a) Die Geschäftsführung muß dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen (objektives Moment). Es genügt die interessenfördernde Übernahme (utiliter coeptum), — ein günstiger Erfolg der Geschäftsführung (utiliter gestum) wird nicht verlangt. Wann das Interesse des Geschäftsherrn gewahrt ist, kann nicht allgemein festgelegt werden. Richtig ist, daß dieses objektive Moment subjektiv vom Standpunkt des Herrn aus, zu beurteilen ist, nicht etwa nach „allgemeingültigen, wirtschaftlichen oder sozialen Maßstäben“ ⁸⁷⁾.

In der Beurteilung der Geschäftsführung nach Interessenführung oder -schädigung liegt die Schwierigkeit und Schwäche einer praktischen Entscheidung. Zu ungunsten des hier nach Schutz suchenden Gestors wirkt weiter die Pro-Herr und Contra-Gestor-Tendenz des § 683, bei dem „strengere Anforderungen an die utilitas negotii gesti gestellt werden als bei der Befreiung von Schadenersatz in § 678“ ⁸⁸⁾. § 678 spricht nur von Willensübereinstimmung, § 683 verlangt darüber hinaus Interessenförderung.

⁸⁶⁾ RGR-Komm. zu §§ 677 Abs. II, 687 Abs. I: Gut ist die Unterscheidung der Fälle des § 687 Abs. I und Abs. II durch Abhebung auf den Willen. So liegt Abs. I vor bei objektiv fremdem Geschäft, fehlendem Bewußtsein der Fremd- und fehlendem Willen „in fremden Rechtskreis einzugreifen“; der Fall des Absatz II ist gegeben bei objektiv fremdem Geschäft, Bewußtsein der Fremdheit, aber trotzdem mit dem Willen handelnd, für sich tätig zu werden. (Beide Fälle keine Geschäftsführung ohne Auftrag, „unechte G. o. A.“).

⁸⁷⁾ Heck, Schuldrecht § 120 S. 358, 7, e.

⁸⁸⁾ Heck, a. a. O.

Schuldtilgung wird oft oder meistens vorteilhaft sein. Sie ist es dann nicht, wenn dem Schuldner dilatorische oder peremptorische Einreden (Stundung, Verjährung) zur Verfügung standen, z.B.: Der Schuldner (hier V) hätte aufrechnen oder Aufwendungsersatz verlangen können. Schwierige Beweisverhältnisse werden sehr oft zu keinem praktischen, Regreß gewährenden Ergebnis führen.

b) Die Geschäftsführung muß dem Willen (subj. Moment) des Geschäftsherrn entsprechen. Es genügt mutmaßlicher⁸⁹⁾ anstelle des wirklichen Willens. Sind die Interessen gefördert, dann streitet eine Vermutung zugunsten der Übereinstimmung des Handelns mit dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn. Diesem würde die Beweislast über den Widerspruch mit seinem wirklichen Willen obliegen. Handeln in öffentlichem Interesse ersetzt das Willensmoment, § 683 Satz 2, — dabei genügt die Erfüllung dem Gefühl der Allgemeinheit entsprechenden sittlicher Pflichten⁹⁰⁾.

2. Sind zwar die allgemeinen Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt (s. o. S. 36 f.), fehlen aber die besonderen, zur Begründung des in § 683 ausgesprochenen (in Verbindung mit § 670) Aufwendungsersatzanspruchs, — Bedingungen wie Interessenförderung, Willensübereinstimmung bzw. öffentliches Interesse, — dann wird die *actio neg. gest. contraria abg es c h w ä c h t* zu einem Herausgabeanspruch nach Ungerechtfertigter Bereicherung, § 684.⁹¹⁾

⁸⁹⁾ Enneccerus a. a. O. § 387, 1, b: „nach objektiver Betrachtung der gesamten Umstände anzunehmender —“ Wille.

⁹⁰⁾ In diesem Sinne entscheiden sich Zitelmann, Arch. f. Civ. Pr. 99, 116 ff. und Enneccerus § 386 Anm. 5. — Ein entsprechender Antrag in der zweiten Kommission (P. II, 738 ff.) — vgl. Seuff. Arch. Bd. 36, Nr. 33, RGZ 27, 332, Windscheid-Kipp, Pand. Bd. II, 917, vgl. Staudinger, Komm., zu § 683 — wurde abgelehnt, weil „durch dessen Annahme alle sittlichen Pflichten mittelbar zu Rechtspflichten erhoben würden.“

⁹¹⁾ s. oben Anm. 84, S. 32.

Die praktischen Schwächen eines Bereicherungsanspruchs zur Lösung des Ausgleichsproblems wurden bereits ausführlich nachgewiesen.⁹²⁾

E r g e b n i s :

Regreßmöglichkeiten über den Ersatzanspruch über Geschäftsführung ohne Auftrag sind grundsätzlich möglich.

Ihre praktische Anwendbarkeit leidet stark an den verschiedenen notwendigen Voraussetzungen, deren Vorhandensein nach inneren, stets schwer feststellbaren Tatbestandsmerkmalen (Erfüllungswillen in § 267, Wille und Bewußtsein bei der Geschäftsführung in fremden Interesse, mutmaßlicher, wirklicher Wille des Herrn) entschieden werden muß.

Der Geschäftsführungs-Anspruch wird nur in selteneren Ausnahmefällen Ausgleichslösung sein (sekundäre Lösung).

§ 6.

Lösung auf Grund extensiver Auslegung des § 440 BGB. Analogie zum Fall des „Doppelten Verkaufs“.

I. Der „Doppelte Verkauf“.

Die Frage des Ausgleichs zwischen Erwerber und nichtberechtigtem Verfüger im Falle der Herausgabe der Sache an den Altberechtigten bleibt offen. Martin Wolff⁹³⁾ schlägt „für die ärgsten Fälle“, nämlich bei arglistiger Täuschung, vor, daß der vom Nichtberechtigten über sein Eigentum getäuschte K den Kauf wegen Betrug anfecht, § 123 Abs. I. Es ist sicher, daß auch diese Vorschrift kein Allgemeinheilmittel darstellen kann. Einmal werden sachlich alle die Fälle nicht geregelt, in denen der Veräußerer selbst gutgläubig war, dann ist der persönliche Anwen-

⁹²⁾ s. oben S. 15 ff.

⁹³⁾ Martin Wolf, „Theodor Kipp“, Vortrag, S. 15.

dungsbereich des § 123 Abs. I eng begrenzt: anfechtungsberechtigt ist nur der Getäuschte selbst und im Falle von empfangsbedürftigten Willenserklärungen nur dann, wenn der Nichtberechtigte selbst, — kein Dritter — getäuscht hat, es sei denn, daß er die Täuschung des Dritten kannte oder kennen mußte⁹⁴⁾. Es braucht nicht betont zu werden, daß sehr viele andere Fälle denkbar sind, die sich als nicht weniger „arg“ erweisen, ja, daß die Fälle des Betrugs die Ausnahmen sein werden.

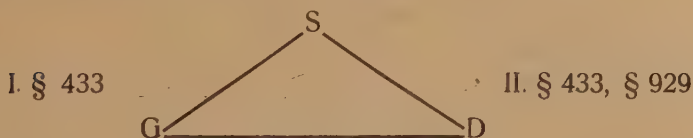
1. In der Kritik zu Entscheidung 19, J. W. 1924, S. 811 (RGZ. 108, 58) wirft Rosenberg die Frage auf, ob im Falle eines sogenannten „Doppelten (oder mehrfachen) Verkaufs“⁹⁵⁾, wenn der zweite Käufer die Sache an den

⁹⁴⁾ vgl. statt aller Staudinger, Komm., § 123, IV, 5, 6.

⁹⁵⁾ über die Frage des „Doppelten Verkaufs“ und seiner speziellen Probleme vgl. Ernst Rabel, „Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel im Rechte“, Leipzig 1902 S. 157 Anm. 1; Eck, „Die Verpflichtung des Verkäufers“ (1874); Windscheid-Kipp, Pandekten, II, § 396 N. 11; Dernburg, Pandekten, II, § 96, S. 265 Anm. 5 (bes. zur Frage der Gefahrtragung); Ihering, Dogm. J. III unter „Beiträge zur Gefahr beim Kaufkontrakt“ S. 449 ff.; Goose, DogmJ. IX, 208 „Zur Lehre vom casus“, S. 197 ff.; — Ausführlich Martinius, „Der mehrfache Verkauf der selben Sache“ Diss. Halle 1873. Unter Nachweis des Problems in den Quellen, — fragm. Vaticana 249 (IV), Dig. (de lege Cornelis) 48, 10, 21 — „Qui duobus in solidum eandem res diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur; et hoc et divus Hadrianus constituit“. — Just. de usuc. II, 6 § 3 Gai. Inst. II, 50, — leitet Verf. aus Cod. der rei vind. 3, 32, 1. 15 — „Quoties duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiolem...“ — die generelle Regel ab, daß „beim mehrfachen Verkauf jeder Käufer das Recht des Rücktritts hat“. Dabei dehnt Martinius die Vorschrift des dritten Teiles des cit. Rescriptes, das für den Fall von bereits erfolgten Traditionen (es handelt sich um den Erwerb von Eigentum) abgefaßt ist, auf den Fall aus, in dem noch nicht tradiert ist. Die Gründe für die Gewährung des auch im Text in der Folge vertretenen Rücktrittsrechtes an den zweiten Käufer gipfeln in dem Gedanken der „Vermeidung von langwierigen prozessualen Verhandlungen und schwierigen Interessennachweises“. Die gleiche Regelung schlägt Martinius auch für den Fall des Erwerbs a non domino vor. —

ersten herausgeben muß⁹⁶⁾, er selbst „in Analogie von § 440 Abs. II Schadenersatz und insbesondere Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann“.⁹⁷⁾ Man muß annehmen, daß Rosenberg diese Frage bejaht, wenngleich der kleine Raum, der für die Kritik zur Verfügung stand, eine nähere Stellungnahme nicht ermöglichte. Zustimmend behandelt Groh⁹⁸⁾ die Frage des Ausgleichs zwischen Dritten (zweiten Käufer) und Verkäufer, in dem er gleichzeitig neben der Lösung Rosenbergs⁹⁹⁾, eine Konstruktion der „Identität der Forderungen“ vorschlägt. Hauptproblem dieser Arbeit Grohs ist aber die Gestaltung der Haftung des zweiten Käufers, (D) gegenüber dem ersten Käufer, dem Gläubiger des Verkäufers (G).

Es handelt sich dabei um folgenden Fall:



G hat von S eine bewegliche Sache gekauft. Vor der Übergabe wird durch sittenwidriges Verhalten des Drit-

A. A. Oesterlen, „Mehrfacher Verkauf derselben Sache“ Diss. Tüb. 1883, der das Rücktrittsrecht mit der Begründung bestreitet, daß „recipere“ in Cod. de r. v. 3,32,15 § 2 nicht zurück„fordern“, sondern zurück„nehmen“ bedeutet: daß nämlich der Verkäufer dem Käufer das Angebot gemacht hat, den Kaufpreis zurückzugeben und den Vertrag (gegenseitig!) aufzulösen. — Ebenso Stoffregen, Osenbruggens Dorpater Studien, S. 95 ff., ähnlich Windscheid a. a. O. § 396 Anm. 11. — vgl. als moderne Literatur vor allem E. Heiland-Justi, Doppelverkauf von beweglichen Sachen, Diss. Freiburg 1934 und Erich Klug, Ein Beitrag zur Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Recht, Diss. Freiburg 1934.

⁹⁶⁾ Näheres s. unten S. 38.

⁹⁷⁾ vgl. die Alternativè der ungerechtfertigten Bereicherung s. u. S. 55 ff.

⁹⁸⁾ Groh, Reichsgerichtspraxis, a. a. O. S. 140.

⁹⁹⁾ Rosenberg a. a. O.

ten D die Sache von S an ihn zum zweiten Male verkauft und auch übergeben. D ist so Eigentümer der Sache geworden; hat er den Kaufpreis bezahlt, dann ist dieses Rechtsverhältnis als „Organismus der bestehenden Einzelverbindlichkeit erloschen“¹⁰⁰⁾. D hat aus dem Kaufvertrag Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Legt er größeren Wert auf die Sache, d. h. Leistung des Kaufgegenstandes, so bedarf es der Begründung eines Rechtsanspruchs gegen den neuen Sacheigentümer, gegen D.

Das Reichsgericht hat in RGZ. 108, S. 59¹⁰¹⁾ im Gegensatz zu einer älteren Entscheidung,¹⁰²⁾ in der ausdrücklich festgestellt wurde, daß dem ersten Käufer Schadenersatz „lediglich vom Verkäufer persönlich“ geschuldet werde, — einen unmittelbaren Anspruch gegen den zweiten Käufer (D) auf Herausgabe der verkauften Sache zugestanden.¹⁰³⁾ Dieser Anspruch wird gestützt auf § 826 in Verbindung mit § 249, wobei zur Anwendbarkeit des § 826 genügt, der „Nachweis des Schadens, des Bewußtseins und der Billigung des schädigenden

¹⁰⁰⁾ Groh, a. a. O. S. 141

¹⁰¹⁾ J. W. 1926, S. 986.

¹⁰²⁾ RGZ 103, S. 420, VI. Zivilsenat. — vgl. außerdem RGZ. 62, 137 f. RGZ. 83, 239 f.; 103, 419 f., 108, 58 f. RG v. 29. VI. 25 in J. W. 1926, S. 986; RG. v. 27. IV. 31 DJZ 1931, S. 1451.

¹⁰³⁾ vgl. Oesterlen, Der mehrfache Verkauf derselben Sache, a. a. O. S. 29,3 über den „Anspruch des ersten Käufers auf Herausgabe des Kaufobjektes“; zit. bei Ziebarth Realexecution S. 201, N. 4, vgl. weiterer Zitate bei Oesterlen a. a. O. Anm. 32, der mit Rücksicht auf die absichtlich besondere Regelung des Preuß. ALR. mit seinem (relativ dinglichen) Recht zur Sache, einen direkten Anspruch des ersten gegen den zweiten Käufer ablehnt. So römisches und gemeines Recht. Dagegen gewährt das Recht der Glossatoren bei dolosem zweiten Käufer den Anspruch gegen ihn. — Vgl. Ziebarth und dessen Zitate (a. a. O.). Ferner Wagner, Diss. de eo qui in emptione potior, Helmstedt (1687) Thes. 21; Solger, Diss. (Altorfii 1749) de eo quod iustum est; Rümelin, in Sarweys Monatsschrift II S. 386 vgl. Oesterlen a. a. O. S. 29 Anm. 32. — Die Herausgabeklage wurde also actio doli.

Erfolges durch den D und dazu planmäßiges Hinwirken auf die Vertragsverletzung durch den Verkäufer S“. Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann ist auf Grund des Naturalrestitutionsprinzipes (§ 249) D nicht nur verpflichtet, wie es RGZ. 103, 420 auslegt, den status quo ante im Vermögen des G wieder herzustellen, sondern „den Zustand herbeizuführen, der beim Nichteintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses bestehen würde.“ Das kann aber nur Herausgabe der verkauften Sache sein.

Die Parallelität dieses Falles zu unserem Problem wird klar bei der Frage nach dem Ausgleich zwischen D und S, wenn D den Kaufpreis an S bezahlt hat, die Sache aber an G herausgegeben ist oder werden muß.¹⁰⁴⁾ Rosenberg¹⁰⁵⁾ und Groh¹⁰⁵⁾ erwägen übereinstimmend und bejahend die Analogie des § 440.

Der Untersuchung der Möglichkeit dieser Lösung und ihrer Ausdehnung auf unseren Problemfall seien folgende grundsätzliche Bemerkungen über die Rechtsmängelhaftung des § 440 BGB. vorausgeschickt.

2. § 440 BGB. ist notwendige Ergänzung zu den §§ 433—437. Sie stellt die Rechtsfolgen fest für den Fall, daß der Verkäufer seine in diesen Vorschriften bestimmten Verpflichtungen nicht einhält: es wird die Haftung für Rechtsmängel, die sog. „Evictionshaftung“ begründet.

Der Verkäufer hat nach bürgerlichem Recht (§§ 433 ff.) die Verpflichtung, dem Käufer K freies Eigentum zu verschaffen, — „Verschaffungsprinzip“. Dies bedeutet¹⁰⁶⁾: er muß aktiv Übergabe, bzw. Auflassung, vollziehen, entgegenstehende Rechte Dritter beseitigen und

¹⁰⁴⁾ Rosenberg a. a. O. weist in seiner Kritik auf interessante Fragen der drei Beteiligten, insb. über das Verhältnis D — G hin, dessen Behandlung aber über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht.

¹⁰⁵⁾ Rosenberg a. a. O. Groh a. a. O.

¹⁰⁶⁾ Heck, Schuldrecht a. a. O. § 85, S. 253.

haftet dafür, daß der Käufer in den ungestörten Besitz der Sache oder des Rechts kommt.¹⁰⁷⁾

Wird dieses Ergebnis nicht erreicht, dann bestimmt § 440 die einzelnen Rechte des Käufers: und zwar bedarf es nicht erst einer Entwehrung¹⁰⁷⁾, sondern lediglich der Tatsache der Nichterfüllung der Verkäuferpflichten. Die Gewährleistung wegen Rechtsmängel wird daher nicht als Folge einer besonderen gesetzlichen Garantiepflicht, sondern als gewöhnlicher, normaler Vertragsinhalt aufgefaßt¹⁰⁸⁾. Oertmann¹⁰⁹⁾ stellt richtig dem römisch-rechtlichen „Evictionsprinzip“, das dem BGB. zu Grunde liegende „Verschaffungsprinzip“¹¹⁰⁾ ge-

¹⁰⁷⁾ Dies ist das Prinzip des römischen und gemeinen Rechts: danach war ein Anspruch auf Schadenersatz nur begründet, wenn die Sache evinciert wurde. Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, (23./27. Aufl.) § 330 das. Ausnahmen dieser Regel mit ausführlichen Quellenangaben (statt aller). Vgl. insbesondere die zitierten Verfasser der Werke über das historische Recht.

¹⁰⁸⁾ Enneccerus a. a. O. mit der herrschenden Meinung gegen Schloßmann, DogmJ. 45,97 ff.

¹⁰⁹⁾ Oertmann, Komm. zu § 433,2 S. 530 (5. Aufl. 1929).

¹¹⁰⁾ Im Gegensatz zum BGB. verlangte das Römische Recht nicht „rem dare“, sondern nur „rem tradere“. Sohm, Institutionen, § 82, S. 540 (14. Aufl.); Bonnet, Melanges Gérardin, Paris 1907 (Verkäufer schuldet nur das factum tradenti, D. 22 4 pr.) dies in Verbindung mit dem in dem Wort „haften für habere licere“ niedergelegten Evictionsprinzip. — Maßgebende Literatur, besonders für Erweiterungen der Gewährleistungspflicht bei besonderem Interesse des Käufers an der Eigentumsbeschaffung: Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums (1874); Rabel, Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht, a. a. O.

Wie Römisches und gemeines Recht: Sächs. G. B.

Wie BGB. Preuß. A. L. R. I, 11, § 1 „Das Kaufgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Contrahent zur Abtretung des Eigentums einer Sache und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet.“

Code civil artt. 1582/83, vgl. Colin-Capitant, Cours Elémentaire de Droit Civil Français, Tome Ilième (1915) Titre II, 1. Partie S. 410: „la vente est le contrat par lequel une personne . . . transfère à une autre . . . et lui garantit la propriété d'une chose . . .“. —

genüber. Allerdings bildet § 440 Abs. II eine Ausnahme dieser Lehre: Mit der doppelten Beschränkung auf 1. bewegliche Sachen, die bereits dem Käufer übergeben sind, und 2. auf Schadensersatz (Erfüllungsinteresse) kommt das Evictionsprinzip, aber auch hier nicht in seiner reinen Gestalt¹¹¹⁾, zur Anwendung. Die ratio dieser Regelung ist deutlich. Der Käufer soll nicht doppelten Genuß, nämlich Besitz der Sache und dazu Schadensersatz erhalten; § 440 Abs. II—IV zählt erschöpfend die Fälle auf, auf welche Art dieser doppelte Genuß vermieden wird¹¹²⁾.

3. Nach diesen grundsätzlichen Feststellungen ist in der Frage der analogen Anwendung des § 440 im Falle des „Doppelten Verkaufs“¹¹³⁾ zu sagen:

Der Verkäufer S hat die Sache, dem Kaufvertrag entsprechend, übergeben und dem zweiten Käufer D Eigentum verschafft. Als Folge der „sittenwidrigen Erfüllungsverletzung“¹¹⁴⁾ des Vertrages S—G (erster Käufer) durch planmäßiges Zusammenwirken der Partner S—D (zweiter Käufer) wird letzterer verpflichtet, die Sache an G herauszugeben, §§ 826, 249¹¹⁵⁾. Dabei handelt es sich keineswegs um ein nach Bürgerlichem Recht unbekanntes „Recht zur Sache“¹¹⁶⁾. Es ist die Besonderheit dieses

Schweiz. Oblig. Recht, Art. 229, wohl auch Österr. A. B. G. B. § 1053 ff.: „der Kauf gehört zu den Titeln, ein Eigentum zu erwerben“; ebenso Bad. LR. Art. 1582, Züricher G. B. 1383. — Siehe Stobe, O., Handbuch des deutschen Privatrechts (Berlin 1887 III. Bd. § 1084, S. 2404.

¹¹¹⁾ Oertmann, a. a. O., Cosack, Lehrbuch, § 125 III (5. Aufl.)

¹¹²⁾ Überzeugend RGZ. 117 S. 335 insbes. 337 gegen Heck, Schuldrecht § 86, 3, der die Regelung mit Unrecht für exemplativ hält.

¹¹³⁾ Terminologie nach Groh, Reichsgerichtspraxis, a. a. O.

¹¹⁴⁾ s. o. Anm. 95 und Rosenberg a. a. O., Groh, a. a. O.

¹¹⁵⁾ s. o. S. 36 f.

¹¹⁶⁾ Ein sog. ius ad rem hat das Preuß. A. L. R. gewährt. Näheres darüber vgl. Enneccerus a. a. O. § 225, I, 1 b und § 451 Anm. 13 (23.—27. Aufl.) Ebenso bayr. Codex Maximilianeus (1756) vgl.

Falles, daß trotz wirksamer Eigentumsverschaffung ein habere licere nicht erreicht wird. Sachgenuß¹¹⁷⁾ ist aber notwendiges Mindestergebnis¹¹⁸⁾ eines Kaufvertrags¹¹⁹⁾, der die Übertragung und Innehabung einer Sache¹²⁰⁾ als Ziel¹²¹⁾ enthält.

Dieser Erfolg ist dann als gescheitert anzusehen, wenn die Herausgabe der Sache an einen Dritten geboten wird infolge von Gründen, die durch das Verhalten des Verkäufers gesetzt werden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gründe im besonderen Inhalt dieses Vertrages bestehen (Doppelverkauf) oder in der Tatsache einer Verfügung über eine fremde Sache (Recht) überhaupt¹²²⁾ liegen (unser Fall). Diese Beschränkung auf

Kreittmayr Wiguläus Aloysius, Frhr. v. auf Offenstetten: Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, 4. Teil (neue unveränderte Ausgabe 1844) vgl. Heiland-Justi, Doppelverkauf, S. 37. — Aus der Ablehnung eines derartigen dinglichen (oder quasi-dinglichen,) Rechts folgt, daß keine Möglichkeit besteht, § 440 direkt, nämlich wegen Verletzung des § 434 anzuwenden. Über die Ablehnung des ius ad rem im BGB. vgl. die Motive Bd. II, S. 2/3. — Dazu noch Mercier, Ius ad rem, (Lausanne 1929) S. 95 ff.

¹¹⁷⁾ Im Falle eines Rechtsverkaufs: Genuß des Rechts.

¹¹⁸⁾ So auch Oesterlen a. a. O. mit ausführlichen Unterscheidungen S. 37. ff.

¹¹⁹⁾ So ist die Lehre der römischen Rechtsmängelhaftung die Lehre vom habere-licere-praestare. Wie die Lösung des Falles si quis evicerit, quominus emptorem habere liceat in den einzelnen Perioden des römischen Rechts lautet, stellt ausführlich Ernst Rabel, Die Haftung des Verkäufers a. a. O. dar. Dasselbst Literaturangaben. — Der Grundsatz der nur habere-licere-Haftung wird auch durch Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers, a. a. O. nicht erschüttert, obwohl er bereits für das römische Recht eine Annäherung an das Eigentumsverschaffungsprinzip annimmt. Vgl. dazu Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, III. Bd. Schuldrecht § 192 S. 452, 2; Windscheidt-Kipp, a. a. O. § 391, II. Bd. ferner Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts (Bln. 1927, Springer).

¹²⁰⁾ bzw. eines Rechts, s. o. Anm. 117.

¹²¹⁾ Über „Geschäftszweck“ (-Ziel), Wesen und Bedeutung, vgl. Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch. f. Ziv. Pr. 121, S. 1, ff.

¹²²⁾ vgl. den Problemfall unten S. 46 ff.

inneren Zusammenhang zwischen Herausgabepflicht und Verhalten des K ist allerdings notwendige Grenze gegenüber all den Fällen, in denen Käufer, die auf Grund sittlich und rechtlich einwandfreien Verträgen Gegenstände erworben haben, diese aus beliebigen Gründen (z. B. Konjunkturumschwung, aber auch reines, rechtlich irrelevantes Anstandsgefühl¹²³), — wenn auch zeitlich unmittelbar dem Vertragsschluß folgend, — an einen Dritten oder an den Verkäufer selbst wieder zurückgeben wollen. Dies entspricht dem Grundgedanken des § 440.

Bei Erfüllung der mitgeteilten Voraussetzungen nämlich tatsächliche Herausgabe¹²⁴) — inneren Zusammenhang ist a maiore ad minorem — Eigentumsverschaffungspflicht umfaßt Pflicht auf habere licere, — zu schließen¹²⁵) und § 440 zugunsten des den Sachgenuß verlierenden Käufers analog anzuwenden.¹²⁶), ¹²⁷).

¹²³) vgl. die Begriffsbestimmung und Abgrenzung von rechtlich beachtlichen und irrelevanten sittlichen Pflichten durch das Reichsgericht. S. unten S. 52.

¹²⁴) Ohne Unterschied, ob an den Verkäufer (dies würde dem von Kipp, J. W. 1931, S. 1169 vorgeschlagenen „vor die Füße werfen“ entsprechen) oder an den berechtigten Dritten direkt. — Als Herausgabesurrogate genügen die in § 440 Abs. 2—4 gegebenen Beispiele.

¹²⁵) vgl. die dem Text entsprechende geschichtliche Entwicklung. S. Anhang, II. Deutsches Recht unten S. 64.

¹²⁶) So Rosenberg a. a. O.; Groh a. a. O.

¹²⁷) Beachtlich ist der Vorschlag Merciers, Ius ad rem, S. 137 ff. und S. 206 (zit. bei Heiland-Justi, a. a. O. S. 42) zu einem Ausgleich über den Weg eines Gesamtschuldverhältnisses, begründet durch gemeinsam begangene unerlaubte Handlung, zu kommen: §§ 830, 840, 426 BGB. Allerdings geht der Anspruch gegen den Verkäufer nur auf die Hälfte, da der Käufer hiernach selbst zu gleichem Anteil verpflichtet ist. Also wohl keine voll genügende Lösung. — Für eine analoge Anwendung auf unseren Problemfall kommt dieser Vorschlag ohnehin nicht in Frage, da er notwendig eine eigene unerlaubte Handlung des Käufers voraussetzt, unser Fall aber gerade an die Gutgläubigkeit des Erwerbers anknüpft.

Gegen diese Lösung wendet Heiland-Justi¹²⁸⁾ ein, daß die Anwendbarkeit des § 440, unmittelbar wie analog, an § 439 scheitert. Der Käufer kann darnach seinen Verkäufer deswegen nicht auf Grund seiner Rechtsmängelhaftung in Anspruch nehmen, weil er selbst diesen Mangel gekannt hat. Der Einwand ist jedoch nicht durchschlagend. Der Fall, daß Käufer und Verkäufer wesentlich und ausdrücklich den Kaufvertrag über die Sache oder ein Recht eines Dritten geschlossen haben, verlangt stets¹²⁹⁾ eine Heranziehung der besonderen Umstände des Vertragsabschlusses. Erst aus ihnen kann entnommen werden, ob wirklich ein Verzicht des Käufers auf die Gewährleistung beabsichtigt war, oder ob nicht im Gegenteil ausdrücklich oder stillschweigend eine besondere Garantie seitens des Verkäufers übernommen werden sollte, auf Grund deren er dafür eintritt, daß der Käufer trotz des Rechts des Dritten in den Genuß der Sache kommt. Die Vermutung spricht zu Gunsten dieser Alternative und gegen den ungewöhnlicheren Fall eines sogenannten Hoffnungskaufes (*emptio spei*): So auch das Reichsgericht¹³⁰⁾ in einer von Heiland-Justi¹³¹⁾ zitierten Entscheidung. Unterstützt wird diese Auslegung durch den anerkannt dispositiven Charakter des § 439¹³²⁾. Der Fall des Doppelverkaufs ist ein typisches Beispiel für die Ausschaltung des § 439.

Die extensive Auslegung des § 440 stützt sich dabei auf die gegenüber dem römischen Recht¹³³⁾ absichtlich ge-

¹²⁸⁾ Heiland-Justi, „Doppelverkauf von beweglichen Sachen“, Diss. Freiburg, 1934, S. 40.

¹²⁹⁾ Staudinger, Komm. zu § 439, 1 a u. e; vgl. auch Oertmann, Komm. § 439, 6 und insbes. Motive II, 216 mit dem Hinweis auf ALR I, 11, § 139 (zu ALR vgl. Heiland-Justi a. a. O. S. 19 f.)

¹³⁰⁾ R.G. vom 23. 11. 1918; LZ 1919 S. 737 und Recht 1919 Nr. 1370.

¹³¹⁾ Heiland-Justi, a. a. O. S. 40.

¹³²⁾ Staudinger, Komm. a. a. O. Anm. 1a u. bes. Protokolle I, 659.

¹³³⁾ vgl. Anm. 106, S. 39.

änderte Auffassung des Verschaffungsprinzips, dessen Tendenz weniger auf die Tatsache der Entwehrung als auf die Erfüllung der Verkäuferpflichten geht¹³⁴⁾.

Die dargelegten Grundsätze gelten nicht nur für bewegliche Sachen, für die sie abgeleitet wurden, sondern finden ebenso Anwendung für unbewegliche Sachen. Wenn auch sie den Beschränkungen des Abs. II, § 440¹³⁵⁾ nicht unterliegen, so ist sinngemäß doch das Prinzip dieser Vorschrift auch hier anzuwenden: die Käuferrechte¹³⁶⁾, § 440 Abs. I in Verbindung mit §§ 320—327, werden erst dann aktuell, wenn der Erwerber seiner Verpflichtung auf Herausgabe der Sache (bzw. die Herausgabesurrogate des Abs. II—IV zit.) nachgekommen ist¹³⁷⁾. Diese Beschränkung ist gegenüber der andererseits extensiven Auslegung der Rechtsverschaffungspflicht notwendig zu Gunsten der nicht außer Acht zu lassenden Forderung auf größt mögliche Rechtssicherheit.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung, §§ 440 I, (bei beweglichen Sachen außerdem Abs. II) 325, wird grundsätzlich zu gewähren sein. Dabei ist aber gerade in dem Falle des sittenwidrigen Vertragsbruches eine großzügige Anwendung des Prinzips der *Schuldkompensation*, § 254, zu Ungunsten des zweiten Käufers K_2 geboten, d. h. bei der Feststellung, welcher Schaden dem K_2 durch den Kaufabschluß mit V entstanden ist, wird weitgehend das eigene Verschulden des K_2 , das in

¹³⁴⁾ Oertmann, a. a. O. s. Anm. 109. S. 40

¹³⁵⁾ Heck, Schuldrecht, § 86, 3. bestreitet eine Beschränkung und spricht von „Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen“. M. E. führen eben gerade diese zu Beschränkungen gegenüber der allgemeineren Regel des § 440 I.

¹³⁶⁾ Es geht hier speziell um das Rücktrittsrecht des § 325 (§§ 440 I, 325, 327, 346).

¹³⁷⁾ Die Komplikationen bei der Schadensberechnung, wenn der Käufer überdies im Besitz der Sache (unbewegl.) bleibt, zeigt gut Heck a. a. O. 4 S. 265.

dem Abschluß des sittenwidrigen Vertrages liegt, zu berücksichtigen sein. (Anlehnung an den Gedanken des § 817 Satz 2.)

II. Die Anwendung auf den Fall des Erwerbs vom Nichtberechtigten (Problemfall).

1. Die Parallelität mit dem „Doppelten Verkauf“ liegt nahe. Dem Anspruch des ersten Käufers G auf Lieferung der Sache entspricht hier die Herausgabepflicht — inhaltlich gleichlautend mit jenem Anspruch — des altberechtigten E. Beide Forderungen werden durch Verfügung (Veräußerung) verletzt. Dabei erwirbt der zweite Käufer, D, trotz seiner Bösgläubigkeit, der Erwerber, K, nur auf Grund seines guten Glaubens an das Eigentum¹³⁸⁾ des Nichtberechtigten, V, das Eigentum.

Dieser originäre Eigentumserwerb genügt¹³⁹⁾ grundsätzlich zur Erfüllung der dem Verkäufer gebotenen Eigentumsverschaffungspflicht¹⁴⁰⁾. So die herrschende Meinung, die betont, daß gerade die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb die praktische Anwendbarkeit der Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung weitgehend beschränken¹⁴¹⁾. Sicher ergibt sich aus dem Gesetz keine Grundlage für die Forderung auf derivative Eigen-

¹³⁸⁾ vgl. außerdem § 366 HGB.: bona fides an die Verfügungsmacht.

¹³⁹⁾ So Staudinger (9. Aufl.) § 433, VIII, 4,2; Oertmann, § 433, 2, a; Planck (4. Aufl. 28) § 433, 6, a. — Anders, abwegig, Romeick „Zur Technik des BGB“, Heft III „Rechtsnachfolge“ (Stuttgart 1904), der den gutgläubigen Erwerb zu den Arten „anderweitigen Erwerbs“ im Sinne § 440 III rechnet.

¹⁴⁰⁾ Siehe darüber oben S. 39.

¹⁴¹⁾ Ohne ihnen dabei eine praktische Bedeutung überhaupt zu nehmen; vgl. Ernst Rabel, a. a. O., Vorwort, besonders die Beispiele von Heck a. a. O. § 85 S. 264, 7.

tumsverschaffung¹⁴²⁾ ¹⁴³⁾). Entscheidend ist vielmehr, daß auf Grund eines Übertragungsaktes, durch den der Verkäufer einen Teil seiner Pflicht erfüllt (vgl. § 433 „die Sache zu übergeben“), der erforderliche Erfolg, Eigentumserwerb, eintritt — wenn auch nur bei Vorhandensein einer besonderen Voraussetzung, der bona fides. Diese ist vom Willen jedes Partners unabhängig¹⁴⁴⁾ und funktioniert automatisch. —

¹⁴²⁾ Richtig ist die Andeutung Hecks a. a. O. 6, cit. daß „Fälle denkbar sind, in denen der Erwerber diese Erwerbsart (kraft Guten Glaubens) peinlich empfindet und auch sittlich verpflichtet sein kann, die Sache dem früheren Eigentümer zurückzugeben“. Heck berührt damit den Kern unseres Problems, ohne allerdings eine Lösung zu bieten. Für seinen Vorschlag, in einzelnen Fällen einen Ausgleich auf dem Wege über § 157 zu schaffen, bleibt Heck Begründung und Beispiele schuldig. Eine Bestimmung der Kaufverträge, aus denen nach § 157 auf die Verschaffung derivativen Eigentums zu schließen und infolgedessen § 440 wegen mangelnder Erfüllung der Verkäuferverpflichtung anzuwenden ist, dürfte sowohl theorethisch wie vor allem praktisch sehr schwierig sein. Schließlich kann aus dem Gedanken des § 157 (vgl. dazu auch noch die anderen Sicherheitsventile unseres Systems, die §§ 242, 826 und 226, — vgl. zu ihrer Unterscheidung die einschlägigen Kommentare) alles geschlossen werden.

¹⁴³⁾ So Oesterlen, Mehrfacher Verkauf, a. a. O. S. 33 — anders: Keller, Pandekten § 330, Ziebarth, Realexecution S. 194 N, 1, besonders Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, I. Bd. (Braunschweig 1853) „Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“, S. 12. — Die Ansichten Kellers und Ziebarths, die unrichtig eine Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung (im RR) annehmen, können hier außer Betracht bleiben. Vgl. im übrigen dazu S. 45 Anm. 3. — Ernster ist Mommsen, daß „beim Kaufkontrakt die Verpflichtung nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet ist“; trotzdem ist die „vollständige Erfüllung (durch den Verkäufer) nicht nur dadurch bedingt, daß er die faktische Herrschaft über die Sache hat, sondern auch zu der Leistung berechtigt ist“. Der Widerspruch in dieser These (so auch Oesterlen a. a. O.) kann nicht bestritten werden, obwohl der Gedankengang und die zum Ausdruck gebrachte Ansicht mit derjenigen Hecks (und damit auch mit dem Text) im Grunde übereinstimmt.

¹⁴⁴⁾ Vgl. Die Ausführungen zur Frage des Wahlrechts. S. 18 ff.

Teilergebnis: Die Anwendung des § 440 wegen „nur“ originärer, und deshalb etwa mangelhafter Eigentumsverschaffung ist abzulehnen.

Zu diesem Ziel führt vielmehr eine andere Überlegung:

2. Die Herausgabe der Sache an E durch K als sittlich gebotene und rechtlich erlaubte Tat.

Der rechtswirksame Kaufvertrag (als Beispiel einer Verfügung, — zugleich als der in der Praxis weitaus überwiegenden) zwischen Nichtberechtigtem und Erwerber (V und K) hat die Forderung des Eigentümers E auf Herausgabe der Sache verletzt. Dieser Anspruch kann beruhen auf Vertrag, Delikt oder einfach auf Ungerechtfertigter Bereicherung¹⁴⁵⁾. In allen Fällen¹⁴⁶⁾ geht er aber in erster Linie auf Naturalherstellung. Bei einem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis¹⁴⁷⁾ wird durch die Verfügung die Erfüllung des Herausgabeschuldners V nachträglich unmöglich. Dabei ist anzunehmen, daß in der überwiegenden Zahl der vorkommenden Fälle der Veräußerer die Unmöglichkeit zu vertreten hat¹⁴⁸⁾. Beim einseitigen wie gegenseitigen Vertrag steht in erster Linie (beim einseitigen zugleich ausschließlich) dem Eigentümer (Gläubiger) ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, § 280 bzw. § 325¹⁴⁹⁾, dessen Erfüllung nach den Grundsätzen der §§ 249—255 vorzu-

¹⁴⁵⁾ S. oben S. 8 ff.: Zusammenstellung der möglichen Kausalverhältnisse mit Beispielen.

¹⁴⁶⁾ Für die Frage im Falle des § 816 vgl. besonders oben S. 15 f.

¹⁴⁷⁾ Siehe Beispiele S. 8 oben.

¹⁴⁸⁾ So Oesterlen a. a. O. S. 18 gegen Martinus a. a. O. S. 11, der einen mehrfachen Verkauf ohne Verschulden des Verkäufers überhaupt für unmöglich hält, — zu welcher Behauptung er allerdings vom Verkäufer „diligentia diligentissima“ (!) fordert.

¹⁴⁹⁾ Auf die Lehre von der Unmöglichkeit kann in diesem Rahmen natürlich nicht eingegangen werden. Statt einer nahezu unendlichen Zahl von möglichen Einzelangaben vgl. Staudinger, Komm., Vorbem. zu §§ 323—327.

nehmen ist: Naturalherstellung, die allerdings gerade in den Fällen der Unmöglichkeit ersetzt werden wird, vor Geldersatz.

Allein der Käufer ist in der Lage, diese Ansprüche ihrem wahren Inhalt entsprechend, also naturaliter, zu erfüllen. Die rechtliche Grundlage zu einer Herausgabe an E bietet § 267, in dessen Sinne er Dritter, der Nichtberechtigte, V, Schuldner ist. Mangels höchstpersönlicher Natur des Anspruchs darf die Leistung hier von einem Dritten erbracht werden. Die Einwilligung des Verkäufers, als Schuldner, ist nicht erforderlich: dieser wird durch die Herausgabe der Sache befreit.

a) Die Frage des Rückgriffs gegen V wird entsprechend zur Frage beim „doppelten Verkauf“ beantwortet: Gemeinsam ist in beiden Fällen die Vollgültigkeit der Veräußerung und gemeinsam ist das tatsächliche Ergebnis, der Herausgabe des Erwerbs an den wahren und besser Berechtigten, d. h. der Verlust des Sachgenusses für den Käufer. Der für den Fall des doppelten Verkaufs geforderte innere Zusammenhang zwischen Vertragsabschluß und Herausgabepflicht ist hier schon ¹⁵⁰⁾ durch die Tatsache des Vertragsabschlusses mit dem gutgläubigen Käufer gegeben, auf Grund dessen Eigentumserwerb auf der einen Seite, Ersatzpflicht auf der andern begründet wurde.

Verschieden ist nur der Herausgabeschuldner. An die Stelle einer durch eigenes doloses Verhalten („sittenwidrige Erfüllungsveritelung“ ¹⁵¹⁾ des Erwerbers K begründete Herausgabepflicht (§§ 826, 249) ¹⁵¹⁾ tritt die gesetzlich ausschließliche Haftung des Verfügers V, die allerdings im Inhalt mit jener übereinstimmt (§ 249). Es ist aber für die Beurteilung des Regreßrechtes ohne Bedeutung, ob der Weg zur Herausgabe über eigenes

¹⁵⁰⁾ Vgl. insbesondere die Feststellungen der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 440 oben S. 39 ff.

¹⁵¹⁾ Wilh. Groh, a. a. O., oben S. 37 ff.

arglistiges Verhalten (§ 826) auf Grund gesetzlich begründeter Pflicht führt, oder ob der gleiche Erfolg, nämlich die Herausgabe, durch sittlich gebotene und rechtlich erlaubte (§ 267) Tat erreicht wird, die von dem peinlichen Gefühl befreit, die Sache „eines andern“ — und juristisch doch „eigene“ zu besitzen und zu genießen.

Die Durchführung der Herausgabe an den Altberechtigten E oder die gleichwertige Rückgabe an den Veräußerer V geschieht, analog dem doppelten Verkauf, nach § 440 Abs. I in Verbindung mit § 325 BGB. und führt zum Rücktritt vom Verträge mit der Rückgewährung der gegenseitigen Leistungen. Insofern wird das von Theodor Kippersehnte „Vor-die-Füße-werfen“ erfüllt.

Schwieriger ist die Frage nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei beweglichen Sachen zu beantworten. § 440 Abs. II setzt Voraussetzungen, deren Erfüllung hier nur mit Bedenken angenommen werden kann. Insbesondere darf nicht übersehen werden, daß eine Herausgabe „mit Rücksicht auf das Recht eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt“ de lege lata nicht durch ein nur obligatorisches Recht noch weniger durch einen nur sittlich berechtigten Anspruch ersetzt werden darf.

Diese Schwierigkeit, die nicht nach Heck¹⁵²⁾ mit exemplikativem Charakter¹⁵³⁾ der Aufzählung in § 440 Abs. II umgangen werden kann, stört allerdings in der Praxis den Ausgleich nicht: denn der Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verfüger ist mit der Rückgewähr der Leistungen gelöst. Es genügt, wenn K nach Herausgabe der Sache seinen Kaufpreis wieder erhält; ein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch würde insbesondere gegen einen gutgläubigen Verfüger, wie er

¹⁵²⁾ Heck, a. a. O. siehe S. 39 Anm. 106.

¹⁵³⁾ siehe S. 39, Anm. 106.

im gegebenen Falle angenommen wurde, über das Ziel eines gerechten Ausgleichs hinausschießen.

Eine Erleichterung gegenüber dem Falle des doppelten Verkaufs besteht darin, daß auch in keinem Falle § 439 die Anwendbarkeit des § 440 Abs. I vereiteln könnte: denn die Kenntnis des zweiten Käufers K findet keine Parallele in unserem Problemfall, dem ja guter Glaube des Erwerbers zugrunde liegt.

b) Die angewandte Konstruktion hat das Ergebnis, daß die Ersetzung eines gesetzlich begründeten Anspruchs (Altberechtigter gegen Verfüger) durch die Befolgung einer sittlichen Pflicht vom Recht sanktioniert wird. Diese Folge entspricht der bei Beratung des § 814 in der zweiten Kommission¹⁵⁴⁾ geltend gemachten Auffassung der Mehrheit: „Das Recht dürfe nicht seine Hand dazu bieten, das sittliche Bewußtsein des Volkes zu verletzen. Sei von dem Leistenden selbst ein der Sittlichkeit entsprechender Zustand hergestellt, so gehe es nicht an, diesen mit rechtlichen Mitteln wieder rückgängig zu machen. Insoweit müsse das Recht mit der Moral in Einklang gebracht werden...“. Richtiges Recht, im Sinne Erik Wolffs¹⁵⁵⁾ vom Volke selbst erlebtes Recht¹⁵⁶⁾, geht über diese Funktion des Rechts hinaus und verlangt nicht nur ein Nicht-Verletzen des sittlichen Bewußtseins, sondern positiv die Gewährung eines gerechten Ausgleichs zugunsten des Leistenden, wenn die ihm obliegende sittliche Pflicht die rechtliche eines andern Rechtsgenossen war.

¹⁵⁴⁾ Protokolle II. Bd. S. 695. Vgl. Rudolf Schmitt, „Die rechtliche Wirkung der Befolgung sittlicher Pflichten“ in „RG-Praxis im deutschen Rechtsleben“, II. Bd. S. 36 IV (Festg.)

¹⁵⁵⁾ Erik Wolff, „Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate“, Freiburger Univ.-Reden, Freiburg 1934.

¹⁵⁶⁾ Vgl. auch Radbruch, „Einführung in die Rechtswissenschaft“ (Leipzig 1929) S. 14.

Das Reichsgericht¹⁵⁷⁾ grenzt das Gebiet der sittlichen Pflicht gegenüber der „allgemeinen Nächstenliebe“ und „sonstigen allgemeinen Pflichten“¹⁵⁸⁾ durch das Erfordernis „einer besonderen Beziehung des Gebers zu dem Empfänger“ ab. Dies mit Recht. Prüft man unsere Entscheidung mit Rücksicht auf die Erfüllung dieses Erfordernisses nach, dann ist festzustellen: der Erwerber hat kraft guten Glaubens (er ist der „Geber“) das Eigentum des Altberechtigten („Empfänger“) im Zusammenwirken mit dem Veräußerer vernichtet und eigenes begründet. Eine „Beziehung“ besteht somit; daß sie eine rechtliche sein muß, wird nicht verlangt¹⁵⁹⁾, es genügt, wenn sie „besondere“ wirtschaftliche „Beziehung“ ist. —

Ein weiteres Argument für die Annahme einer zu Recht mit rechtlicher Wirkung ausgestatteten sittlichen Pflicht, bietet die moderne Auffassung im autoritären nationalsozialistischen Staat, die zugleich die Auffassung der Volksgemeinschaft ist. Sie erweitert den Rahmen der sittlichen Pflicht, umfaßt die früher ausgenommene¹⁶⁰⁾ Pflicht zur Ausübung von Wohltätigkeit und alle die Pflichten, welche dem Einzelnen gegenüber der Gesamtheit obliegen und die letzten Endes bestimmt werden von der Forderung nach stärkster Anwendung von „Treu und Glauben“ und des Grundsatzes „Gemeinnutz vor Eigennutz“. Die Hinführung des Volkslebens zur Volksgemeinschaft, dem Ziel des nationalen Sozialismus, beeinflusst den Volksgeist (Savigny, Puchta), der seinerseits

¹⁵⁷⁾ RGZ 70,19 und 385 ff; J. W. 1917, S. 480 Nr. 23; Warn. Rechtspr. 12, Nr. 189. — Enneccerus-Kipp-Wolff, II, § 346 Anm. 3.

¹⁵⁸⁾ Rudolf Schmidt, a. a. O. S. 40,3, insbesondere dessen rechtsvergleichende Angaben.

¹⁵⁹⁾ Vgl. das Reichsgericht in den zitierten Entscheidungen, oben Anm. 157.

¹⁶⁰⁾ So Rudolf Schmidt, a. a. O., S. 40 Anm. 2.

„Rechtsprechung und überhaupt Rechtsanwendung . . . entscheidend orientiert“¹⁶¹⁾.

Die oben getroffene Entscheidung, die analoge Anwendung des § 440 zum Zweck der durch Befolgung einer sittlichen Pflicht entstandenen Ausgleichsnotwendigkeit, entspricht voll den dargestellten Grundsätzen.

Sie wird aber auch durch den allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkt gestützt, daß das Bürgerliche Recht den Veräußerer nach dem Eigentumsverschaffungsprinzip¹⁶²⁾, gleichsam unmittelbar aus dem Vertrag heraus, haften läßt und nicht erst römisch-rechtliche, tatsächliche Eviction verlangt.

3. Excurs.

Anwendung des § 440 im Falle des „Doppelten Verkaufs“ auch bei redlichem Verhalten der Kontrahenten des zweiten Kaufvertrages.

Die gleichen Gründe, die für die Anwendung der § 440 — Analogie im Problemfall geltend gemacht wurden, stützen auch deren Verwendung im Falle des mehrfachen Verkaufs, wenn der Verkäufer, der zweite Käufer oder beide, redlich waren. Redlich in dem Sinne, daß sie nicht arglistig die Erfüllung des ersten Kaufvertrages vereiteln wollten. Gibt auch hier der zweite Käufer (D) an den ersten heraus, — obwohl auch hier eine Rechtspflicht für ihn nicht besteht, also freiwillig, — so wird dadurch dessen Anspruch gegen den Verkäufer, §§ 433, 325, 249 erfüllt (§§ 267, 362). Allerdings wird in diesem Falle ein schärferer Maßstab für die Beurteilung des sittlichen Bewußtseins des Dritten (zweiter Käufer) angelegt

¹⁶¹⁾ Oertmann, „Rechtsordnung und Verkehrssitte“ (Leipzig 1914) — Vgl. dazu Jhering, „Zweck im Recht“, Bd. II S. 24/25; Zitelmann, ArchZPr. 66, 451.

¹⁶²⁾ siehe ausführlich oben S. 39 ff.

werden müssen. Die Entscheidung, ob Treu und Glauben oder Konjunkturausnützung den Zweiterwerber zur Herausgabe bewogen haben, darf aber dem Urteil des Richters überlassen werden.

Es bedeutet keine Gefährdung der Rechtssicherheit, wenn auch auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts der subjektiven Einstellung und den entscheidenden Motiven des Rechtsgenossen mehr als bisher Beachtung geschenkt wird.

4. Martin Wolff¹⁶³⁾ lehnt im Anschluß an seine Bedenken über die Gewährung eines Wahlrechts nach § 407¹⁶⁴⁾ den Vorschlag Kipps¹⁶⁵⁾ auf Wahlmöglichkeit zugunsten des Erwerbers (ob Berufung auf den eigenen Guten Glauben oder Aufgabe des Erwerbers mit Rückgabe der Sache auch de lege ferenda ab. Es besteht dann die Gefahr, meint Wolff, „daß dann auch der Nichtfeinfühlige von Kipps Wahlrecht Gebrauch macht“. Die Möglichkeit dieser „Gefahr“ besteht grundsätzlich auch bei der durchgeführten Anwendung des § 440. Es ist aber zu beachten, daß der Nichtfeinfühlige, d. h. der Erwerber, der lediglich eine Konjunktur ausnutzen will¹⁶⁶⁾, — oder nur ganz einfache Reue über einen nachträglich als ungünstig angesehenen Vertragsschluß empfindet, von einem Nichtberechtigten erworben hat. Dieser bedarf gegen diese Gefahr keines Schutzes, denn er verliert höchstens ein Mehr in seinem Vermögen, das er ohne die nichtberechtigte Verfügung nicht erworben hätte, — und das überdies in jedem Falle vom Altberechtigten im Wege der bekannten¹⁶⁷⁾ Klagen herausverlangt werden könnte.

¹⁶³⁾ M. Wolff, „Th. Kipp“, Vortrag a. a. O. S. 15.

¹⁶⁴⁾ siehe oben S. 18 ff.

¹⁶⁵⁾ Kipp, J. W. 1931, S. 1169.

¹⁶⁶⁾ Siehe oben S. 1, Beispiel 2.

¹⁶⁷⁾ Siehe oben S. 8.

Der Einwand der Gefahr einer schädlichen Konjunkturausnutzung kann daher nicht als erheblich angesehen werden, wenn auch zugegeben werden mag, daß die angewandte Konstruktion weniger für Handelswaren gedacht und im eigentlichen Sinne dem feinfühligem und sittlich verantwortlichen Erwerber zu dienen bestimmt ist. —

§ 7.

Ansprüche des Erwerbers gegen den Verfügenden auf Grund Ungerechtfertigter Bereicherung.

(§ 812 BGB.)¹⁶⁸⁾

1. In der oben öfters zitierten Kritik¹⁶⁹⁾ zur Entscheidung 19 (J.W. 1924, 811) fragt Rosenberg, ob im Falle eines „Doppelten Verkaufs“¹⁷⁰⁾ „der Dritte, der die gekauften und bezahlten Sachen herausgeben muß, in Analogie von § 440 Schadensersatz und insbesondere Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann, oder ob ihm nur ein Anspruch wegen Ungerechtfertigter Bereicherung des Verkäufers“ zusteht. Groh¹⁷¹⁾ verneint mit Recht die Anwendbarkeit der *condictio* in diesem Fall. Die Leistung der Sache an den zweiten Käufer und die Bezahlung¹⁷²⁾ des Kaufpreises durch ihn an den Verkäufer geschahen in Erfüllung des gültigen Kaufvertrages. Es fehlt dabei weder an einem

¹⁶⁸⁾ Angesichts der überreichen Literatur zur „Ungerechtfertigten Bereicherung“ (vgl. z. B. Zitate bei Staudinger, Komm. § 812) kann im Rahmen dieser Arbeit auf allgemeine Ausführungen verzichtet werden.

¹⁶⁹⁾ siehe oben S. 36.

¹⁷⁰⁾ Über den Fall des „Doppelten Verkaufs“ ausführlich siehe oben S. 36 ff.

¹⁷¹⁾ Grohe, a. a. S., (Anm. 80 S. 31) S. 142.

¹⁷²⁾ Wurde der Kaufpreis noch nicht bezahlt, dann gilt das im Text Gesagte entsprechend für eine auf § 812 gestützte Einrede: So das Beispiel von Groh, a. a. O.

rechtlichen Grund (§ 812 Abs. I Satz 1) noch fällt dieser später weg (Satz 2). Die Herausgabepflicht des Dritten (zweiter Käufer) (auf Grund der §§ 826, 249) an den ersten Käufer berührt die Gültigkeit des Kausalgeschäfts nicht. Ein „über den normalen Erfolg“¹⁷³⁾ des Kaufvertrages hinausgehender Zweck wurde nicht vereinbart, — es sei denn, daß, wie Groh¹⁷⁴⁾ meint, der besondere Zweck die Erfüllungsverweigerung des ersten Vertrages sein sollte. Dann würde aber die *condictio* an der beiderseits gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung scheitern (§ 817 Satz 2)¹⁷⁵⁾.

Eine etwaige Annahme, daß für beide Teile Vertragsinhalt des Kaufvertrages allgemein ein *Behaltendürfen* der gekauften Sache geworden ist, ist nicht begründet. Eine derartige Zweckbindung kann wohl wie jede andere vereinbart werden (ausdrücklich oder stillschweigend) und hat bei Nichterreichung die *condictio causa data causa non secuta*, § 812 I, 2, zweiter Halbsatz, zur Folge. Aber Voraussetzung ist, daß dieser besondere zukünftige Erfolg gerade „nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes“ bezweckt war.¹⁷⁶⁾ ¹⁷⁷⁾

Im „besonderen zukünftigen“¹⁷⁸⁾ (Gegensatz: „dem Rechtsgeschäft seiner Natur nach unmittelbaren“), oder „typischen“ Erfolg¹⁷⁹⁾ liegt das Merkmal für eine notwendige Grenze gegenüber all den Fällen, in denen es sich

¹⁷³⁾ Groh, a. a. O. — Ebenso Staudinger, Komm. (9. Aufl. 1930) zu § 812, I, 4, S. 1689 mit zahlreichen Entscheidungen.

¹⁷⁴⁾ Groh, a. a. O.

¹⁷⁵⁾ Inwiefern es sich „allenfalls um eine indirekte Bereicherung“ handeln soll (so Groh) ist allerdings nicht einzusehen.

¹⁷⁶⁾ Über die ganze Frage der *causa data causa n. s.* ausführlich Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch. f. Ziv. Pr. 121, S. 1 ff. Insbesondere S. 50 ff., 62 ff. (Begriff des Satzes „Nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckter Erfolg“).

¹⁷⁷⁾ Locher, a. a. O., S. 74.

¹⁷⁸⁾ Enneccerus, Lehrb., § 444, I, 1.

¹⁷⁹⁾ Locher, a. a. O. S. 57 formuliert die Frage: „Nur zukünftiger oder auch sofort eintretender Erfolg?“

um einen Erfüllungsanspruch aus einem gegenseitigen Vertrag handelt.¹⁸⁰⁾ Daß aber z. B. dem Käufer, der den Kaufpreis zwar bezahlt, dem aber der Gegenstand infolge Verschuldens¹⁸¹⁾ des Verkäufers noch nicht oder mangelhaft übergeben wurde, kein Anspruch aus § 812 Abs. I Satz 2, 2. Halbsatz gegen den Verkäufer zusteht, bedarf keines Beweises. Die Unzulässigkeit¹⁸²⁾ einer derartigen Konkurrenz von Vorschriften über Ungerechtfertigte Bereicherung mit denen über die Erfüllung ist unbestritten.¹⁸³⁾

Die Fragestellung Rosenbergs¹⁸⁴⁾ wäre umgekehrt richtig; sie müßte dahin lauten, ob der Dritte auch nach Bereicherungsvorschriften gegen den Verkäufer vorgehen kann; — oder ob ihm „nur“ ein Anspruch analog § 440 zusteht.

Diese Formulierung widerspricht nicht der oben abgelehnten Konkurrenz: § 440 Abs. I führt in Verbindung mit § 325 zu einem Rücktrittsrecht des Käufers. Wird dieses ausgeübt, dann kann der Anspruch auf Rückgewähr der eigenen Leistung auch auf Ungerechtfertigte Bereicherung (Wegfall des rechtlichen Grundes) gestützt werden.¹⁸⁵⁾

Dies ist herrschende Meinung in dem nur theoretisch wichtigen grundsätzlichen Streit um die Subsidiarität der

¹⁸⁰⁾ Aus diesem Grunde, nämlich wegen bloßen Mangels des typischen oder „inneren Wesenszweckes“ (Locher, a. a. O. S. 74), besteht auch kein Widerspruch zu den Ausführungen einer Begründung der Anwendbarkeit des § 440. Siehe oben S. 36 ff.

¹⁸¹⁾ Vgl. dagegen § 323 Abs. III: Direkte Verweisung auf Ungerechtfertigte Bereicherungs-Vorschriften im Falle nicht zu vertretender Unmöglichkeit.

¹⁸²⁾ Lent, Die Gesetzeskonkurrenz I S. 324 (1912).

¹⁸³⁾ Beispiel aus der Literatur: RGR-Komm. § 812, 10 S. 507. Staudinger, Komm. § 812 I, 4.

¹⁸⁴⁾ Rosenberg, a. a. O.

¹⁸⁵⁾ Nicht aber wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht wird: dann keine Bereicherung. Näheres siehe richtig Lent, a. a. O. S. 329.

Bereicherungsvorschriften¹⁸⁶⁾. Eine praktische Bedeutung ist einem konkurrierenden Bereicherungsanspruch nicht zuzumessen; abgesehen von der Gefahr des § 818 Abs. III geht der Anspruch aus den §§ 325, 346 über ihn hinaus.

2. Für unseren Problemfall, gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten, gilt in Bezug auf die Anwendbarkeit der Bereicherungsvorschriften das gleiche wie für den dargestellten „Doppelten Verkauf“¹⁸⁷⁾; Die Anwendbarkeit des § 812 Abs. I ist sowohl als *condictio sine causa* (Satz 1), wie auch als *condictio causa data causa non secuta* (Satz 2) zu versagen.¹⁸⁸⁾ An diesem Ergebnis der Ablehnung der Ungerechtfertigten Bereicherung wird auch dadurch nichts geändert, daß hier, nun im Gegensatz zum Doppelten Verkauf, § 817 nicht zur Anwendung gelangt, da es sich ja um gutgläubige Parteien handelt. Das Gesetz „heilt die Wunden, die es selbst schlägt“,¹⁸⁹⁾ besser auf dem dargestellten Weg über die Analogie des § 440.

Eine entgegengesetzte Ansicht, die einen Ausgleich des Interessenkonflikts durch Anwendung der Vorschriften über Ungerechtfertigte Bereicherung versucht, muß die Gefahr beachten, daß in vielen Fällen dem Käufer, bzw. dem gutgläubigen Erwerber, ein praktischer Erfolg des geltend gemachten Anspruchs wegen Fortfall der Bereicherung (§ 818, Abs. III) versagt sein wird.¹⁹⁰⁾

¹⁸⁶⁾ Gegen die Subsidiarität z. B. Staudinger, Komm. Vorbem. 6, vor §§ 812 ff.; Planck, Vorbem. 5 vor § 812 mit ausführlichen Literaturangaben. So herrschende Meinung. — Andere Ansicht Lent, a. a. O. S. 327.

¹⁸⁷⁾ Über die Parallelität dieser Fälle siehe ausführl. oben S. 46 ff.

¹⁸⁸⁾ Vgl. aber über die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. in Verbindung mit § 684, oben S. 34.

¹⁸⁹⁾ Dernburg, Pandekten § 374 IV, — Vgl. zur Frage eines gerechten Ausgleichs grundsätzliche Bemerkungen bei Staudinger, Komm. § 812, I, 4.

¹⁹⁰⁾ Groh, „Reichsgerichts-Praxis“, a. a. O. S. 140 schlägt alternativ neben der Lösung über die Analogie des § 440 vor „letzten

Anhang.

Das Problem im Historischen Recht.

Der Konflikt zwischen den Interessen des makelhaft gewinnenden Erwerbers und denen des verlierenden Eigentümers, verbunden mit der Notwendigkeit einer gerechten Lösung ist unmittelbare Folge des Rechtssatzes, der, — unter bestimmten Voraussetzungen, — vom Nichtberechtigten Eigentum (bzw. andere dingliche Rechte, z. B. Pfandrecht) übertragen läßt. Lediglich Rechtssysteme, die diese Vorschrift enthalten, bedürfen einer Ausgleichslösung, die dem Erwerber, der die Sache (Recht) dem wahren Berechtigten herausgibt oder geben will,

Endes einen Ausgleich nach Bereicherungsvorschriften zwischen G (dem ersten —) und D (dem zweiten Käufer)“!

Diese Lösung erfordert aber die Erfüllung so vieler Voraussetzungen, daß sie mindestens für die Praxis als wenig geeignet erscheinen. So muß nämlich

1. D (K 2) den Kaufpreis an S bezahlt haben, um dadurch die Schuld des G (K 1) zu erfüllen und diesen dadurch „auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund“ zu bereichern;

2. G (K 1) darf hingegen seinen Kaufpreis noch nicht vor der Bezahlung durch D (K 2) geleistet haben. In diesem Falle hätte er durch D nichts mehr erlangt.

3. Ist ferner der Kaufpreis des D (K 2) höher als der des G (K 1) (stets sehr wahrscheinlich, da dies der Grund für den Abschluß des zweiten Kaufvertrags gewesen sein wird), dann würde mindestens dieser Mehrbetrag nach diesem Vorschlag Grohs für D verloren sein; denn insoweit fehlt es an einer Bereicherung des G (K 1). —

Schließlich ergeben sich fast unlösbare Schwierigkeiten bei der Feststellung der Höhe der Bereicherung des G, wenn sein Kaufpreis nicht gerade in Geld besteht, (z. B. Gegengeschäfte, — S als Käufer — oder Waren, Wertpapiere als „Kauf“preis). Für den Tausch gelten ja die Vorschriften des Kaufs entsprechend, §§ 515, 433.

Bedenken wegen mangelnder Unmittelbarkeit der Bereicherung sind nicht zu erheben. — Im ganzen darf aber die Lösung über § 440 auch diesem Vorschlag als ungleich besser vorgezogen werden.

Ersatz seiner für diese Sache gemachten Aufwendungen gewährt. Zu ihnen gehört außer dem deutschen Recht (§§ 892, 932, 2366 BGB.) das österreichische (§§ 367, 368 ABGB.), schweizerische (Artt. 933, 714 Z. G. B.) und wohl auch das französische Recht (art. 2279 C. C.¹⁹¹⁾). Im Gegensatz zu ihnen steht das Römische Recht.

I. Das Römische Recht.

Entscheidend ist die (bekannte) Vorschrift „*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet*“ (Dig. 50, 17, 54)¹⁹²⁾ Ihr entsprechend führt die *rei vindicatio* zu rücksichtsloser Durchführung der Eigentumsverfolgung gegen jeden besitzenden Nichteigentümer. „*Ubi rem meam invenio, ibi vindico*“, — auch gegen einen etwa gutgläubig vom Nichtberechtigten Erwerbenden besteht ein Rechtsanspruch auf Herausgabe, dem allerdings ein gleicher Rechtsanspruch gegen seinen auctor auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Pauschalgeschäftes zusteht.

Der Erwerber *a non domino* erwirbt kein Eigentum, die Sache kann von ihm evinciert werden.¹⁹³⁾

Die Wiedererlangung der Sache¹⁹⁴⁾ durch den Eigen-

¹⁹¹⁾ vgl. Ewald, a. a. O. S. 299 f. mit Literaturangaben. Merk, Rhein. Z. f. Civ. u. Proz. R. 1915, 228; Gierke, Deutsches Privatrecht II, 566; v. Tuhr, PuchZ. 30, 540 f.

¹⁹²⁾ Näheres, statt aller, Jörs, Geschichte und System des Römischen Privatrechts (Berlin 1927) § 64², S. 85. — Über Voraussetzungen, Wesen und Durchführung der *a. rei. vind.* vgl. die einschlägige Literatur, z. B. Jörs, a. a. O. § 70, III., S. 94 ff.; Sohm-Mitteis-Wenger, § 54 S. 308; Siber, § 57, S. 94 ff.

¹⁹³⁾ Vgl. dazu Felgenträger, „Antikes Lösungsrecht“ S. 17, Zit. C. 3. 32. 3 pr. Alex. Dominae 222. (1933) — Im Falle guten Glaubens wird aber *bonae fidei possessio* erworben. (Über die Terminologie, bestritten, vgl. Jörs, a. a. O. § 67 S. 91 Anm. 3; insbesondere Brinz, Zum Recht der *bonae fidei possessio*, Münch. Festgabe für Arndts).

¹⁹⁴⁾ Mit Früchten, Zuwachs evt. Schadensersatz für eingetretene Schäden (nach *litis contestatio*), abzüglich Aufwendungsersatz.

tümer als Ziel der *rei vindicatio* wurde nach klassischem Recht im Formularprozeß nur unvollständig erreicht; der Anspruch auf Herausgabe war zwar durch die *pronuntiatio* des Richters feststellbar, konnte aber nicht gegen den Willen des Beklagten vollstreckt werden,¹⁹⁵⁾ da die Formel auf eine *pecuniaria condemnatio* lautete. So konnte der Beklagte den gewünschten Besitz der Sache gegen Bezahlung des (geschätzten) Sachwertes „erkaufen“. ¹⁹⁶⁾ Erst Justinian¹⁹⁷⁾ erklärte den Herstellungsbefehl zum vollstreckbaren Endurteil, wodurch das Ziel der *r. v.* unmittelbar erreicht werden konnte.

Bei diesem Rechtszustand ist kein Raum für unser Problem, das gerade an den Eigentums(Rechts-)erwerb vom Nichtberechtigten anknüpft.

Der Erkenntnis vom Bedürfnis des Verkehrs auf Sicherheit und Schutz war durch zwei Möglichkeiten Rechnung getragen:

1) a non domino wurde wirksam erworben, wenn der dominus nachträglich die Verfügung genehmigte, oder der Nichtberechtigte das verfügte Recht erwirbt (z. B. durch Erbfolge), die Verfügung somit „convalesciert“¹⁹⁸⁾; vor allem aber

2) wenn der Erwerber das Recht ersitzt.

Usucapion darf gerade als Verkehrs-Sicherheitsventil für die Fälle des Erwerbs vom Nichtberechtigten angesehen werden. Ihre Bedeutung ist ungleich größer als die Ersitzung unseres Rechts (§§ 937 ff. BGB.), die ihrerseits besonders durch die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs stark in den Hintergrund gedrängt sind. Bei Erwerb *iusto titulo* (z. B. *titulus pro emptore*, zugleich der Ausgangspunkt der Entwicklung dieses Insti-

¹⁹⁵⁾ So Jörs, a. a. O. S. 82 ff.

¹⁹⁶⁾ So wurde dieser Prozeß konstruiert. Vgl. Jörs, a. a. O. Levy, Z. Sav. St. XLII, 476 ff., bes. 482 ff.

¹⁹⁷⁾ Dig. 6, 1, 68 (Ulp.) itp.

¹⁹⁸⁾ Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, § 52, S. 289.

tuts) *bona fide* (d.h. im guten Glauben, quiritisches oder praetorisches Eigentum zu erwerben)¹⁹⁹⁾ und nach Zeitablauf (das Erfordernis der „tempus“ war verschieden: Zwölf Tafeln VI,3 bei Grundstücken zweijährige, bei „allen übrigen Sachen“ einjährige ununterbrochene Besitzdauer²⁰⁰⁾; Justinian, C. 7, 39, 8 pr. (528 p. Chr.) setzte für Grundstücke 10 Jahre *inter praesentes*, 20 Jahre *inter absentes*, — für bewegliche Sachen gleichmäßig 3 Jahre Ersitzungszeit fest) — wurde neues, *civiles Eigentum* erworben, altes erlosch.

Die kurze Ersitzungszeit ist wirksamer Ersatz des versagten derivativen Erwerbs *a non domino*. Der durch sie gewährte Schutz des Verkehrs wird noch verstärkt: schon während der Ersitzungszeit steht dem Erwerber, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt sind, ein Institut zur Erhaltung seines Besitzes zur Verfügung. Es ist die *actio Publiciana in rem*. Sie ist *a. fictitia (utilis)* nach deren *intentio* es so angesehen werden soll, als ob die Ersitzungszeit bereits abgelaufen wäre; sie lautet: *Si, quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret ...*²⁰¹⁾

Die *a. Publiciana* ersetzt so die dem Erwerber nach Ablauf der Zeit zustehende, volksrechtliche *rei vindicatio*. Allerdings mit einer wichtigen und zwar hier entscheidenden Einschränkung: während die *r. v.* absoluten Charakter hat, und gegen jedermann wirkt, ist die *a. Publiciana* nur relativ. Sie versagt gegenüber dem zivilen Eigentümer, der mit seiner *rei vindicatio* auch gegen den *Usucapienten* durchdringt.

¹⁹⁹⁾ Vgl. Siber, Römisches Recht, II § 55, 89.

²⁰⁰⁾ Nähere Ausführungen würden den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Vgl. dazu die Literatur. Angaben oben S. 60, Anm. 192.

²⁰¹⁾ Sohm-Mitteis-Wenger, a. a. O. § 114, S. 683.

Wenn umgekehrt der Eigentümer wieder den Besitz der Sache erhalten hat und der Usucapient gegen ihn mit der *a. Publiciana* vorgeht, steht dieser wirksam die *exceptio dominii* gegenüber. Eine Entkräftung dieser Einrede durch die *replicatio rei venditae et traditae*, wie sie dem praetorischen (bonitarischen) Eigentümer gegenüber dem civilen zusteht, ist dem Usucapionsbesitzer nicht gegeben. Das würde auch gegen den Zweck der *a. Publiciana* verstoßen, die nicht dem civilen Eigentümer das Eigentum nehmen soll, — soweit wäre praktisch der Satz „*ubi rem meam ...*“ weitgehendst außer Kraft gesetzt, sondern nur wenn Usucapienten gegen schlechtere Besitzer schützen soll. Zu ihnen gehören z. B. solche, die vom gleichen Urheber aber nach ihm Besitz erlangt haben. Die *a. Publiciana* zeigt sich so als Klage um den besseren Besitz, die auch in das moderne Recht Eingang gefunden hat (§ 1006 BGB.).

Zusammengefaßt zeigt das Römische Recht folgendes Bild:

1. während der Ersitzungszeit kann der dominus von dem *a non domino*-Erwerber unbeschränkt evincieren. Der Käufer erhält nach der Eviction seinen Kaufpreis nach den Grundsätzen der Rechtsmängelhaftung wieder zurück.
2. nach Ablauf der Ersitzungszeit versagt die Eviction, da nunmehr auch der Usucapient Eigentümer *ex iure Quiritium* geworden ist. Über eine Wiedererlangung des so durch Ersitzung verlorenen Eigentums geben die Quellen, soweit wir sehen, keinen Anhaltspunkt. Erst wenn der Käufer freiwillig seine Sache dem Alteigentümer zurückgibt, entsteht eine der unsrigen ähnliche Lage.

Die für unser Recht versuchte Konstruktion der Begründung eines Rückgriffs Erwerber contra Verfüger (für den Fall einer Sachherausgabe an den Altberechtigten, — durchgeführt am praktisch wichtigsten Beispiel, dem Kauf,)

bleibt hier ohne Erfolg. Entscheidend wirkt das römische Prinzip der Evictionshaftung²⁰²⁾. Die Formel der „Haftung für uti frui usucapi habere licere“ zeigt deutlich, daß der Verkäufer voll seiner Pflicht genügt hat, wenn der Käufer den Sachgenuß „nur“ kraft Usucapion behält. Die Wirkung des gleichzeitigen Eigentumserwerbs ist für die Verkäuferverpflichtung nur Nebenwirkung²⁰³⁾ und daher zur Konstruktion einer Regreßverpflichtung — nach erfolgter usucapio — ungeeignet.

Aber auch wir würden es ablehnen, dem Käufer nach Ablauf der Ersitzungszeit noch einen Anspruch gegen den Verkäufer zu gewähren. —

II. Das Deutsche Recht.

Den großen Gegensatz zum Römischen Recht mit seinem charakteristischen Satz „ubi rem meam invenio, ibi vindico“, bezeugt für das Deutsche Recht²⁰⁴⁾ das Sprichwort „Hand muß Hand wahren“ oder „Wo du deinen guten Glauben gelassen hast, sollst du ihn suchen“. Dies gilt aber nur für das Fahrnisrecht. Für den Erwerb und Verlust von Immobilien galt stets und übereinstimmend in den verschiedenen Systemen das römische Prinzip: unbeschränkte Eigentumsverfolgung gegen jeden Dritten, gleichviel ob sie ursprünglich freiwillig oder unfreiwillig aus der Gewere des Eigentümers in die Hand des Dritten gekommen waren.

²⁰²⁾ Siehe oben S. 39, insbesondere die Gegenüberstellung mit dem Eigentumsverschaffungsprinzip, dem System des BGB.

²⁰³⁾ Vgl. Paulus, Dig. 19, 4, 1 pr.; Ulp., Dig. 18, 1, 25, 1 (ipt. Jörs, a. a. O.), wonach der Verkäufer ausdrücklich nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet ist.

²⁰⁴⁾ Vgl. dazu die zahlreiche Literatur des Deutschen PrR., statt aller Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd. insbes. § 134; Hübner, Rud., Grundzüge des Deutschen Privatrechts, (3. Aufl. 1919, 5. Aufl. 1930) und die dort angegebene spezielle Literatur zur Fahrnisklage.

²⁰⁵⁾ Gierke, a. a. O. § 134, 1.

Anders und darum für uns bemerkenswerter, das germanische Fahrnisrecht. Hier wird schon seit den ältesten Volksrechten unterschieden, ob der gegenwärtige Inhaber die Sache aus der Hand eines Vertrauensmannes (z. B. eines Beliehenen) erworben oder auf Grund einer widerrechtlichen Handlung in seiner Gewere hat. Auch in den Quellen des Mittelalters ist diese Unterscheidung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust scharf durchgeführt.²⁰⁵⁾

1. Für den unfreiwilligen Verlust der Gewere, — Hauptfälle: Entziehung des Eigentums durch Diebstahl und Raub — galt im germanischen Recht einheitlich der Grundsatz der unbeschränkten Eigentumsverfolgung. Er besagt, daß gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene²⁰⁶⁾ Sachen vom Eigentümer und von jedem, der die Gewere innegehabt hat und widerrechtlich verloren hatte²⁰⁷⁾, von jedem Dritten herausverlangt werden kann²⁰⁸⁾.

Da auch hier wieder römisches Prinzip gilt, konzentriert sich unsere Betrachtung auf die Fälle des

2. freiwilligen Besitzverlustes. Wir unterscheiden:

I. Vor der Rezeption. Der Eigentümer oder ein anderer dinglich Berechtigter gibt die Sache in die Hand eines andern, als Laie oder sonst anvertrautes Gut. Die Sache wird somit aus dem eigenen Gewahrsam entlassen, ohne daß jedoch das Recht auf sie ganz aufgegeben wird. Der Vertrauensmann ist durch Gedinge zur Rückgabe,

²⁰⁶⁾ Die verlorenen und sonst abhanden gekommenen Sachen sind den gestohlenen früh gleichgestellt worden. Vgl. Hübner, a. a. O. (3. Aufl.) S. 357 ff. § 58.

²⁰⁷⁾ Gierke, a. a. O. S. 554.

²⁰⁸⁾ Verfahren: Klage um Diebstahl oder Raub, Verfahren auf handhafter Tat, Spurfolge —, Anefangungsverfahren und neben ihm die sog. schlichte Klage. Vgl. Hübner, a. a. O. S. 357 f.

Vgl. über die Ausnahmen der unbeschränkten Eigentumsverfolgung im Interesse des Verkehrsschutzes bei zunehmendem Geschäftsverkehr; Hübner, a. a. O. S. 364, 2; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 481 ff, 495 ff,

etwa nach einer bestimmten Zeit — bescedene tiet²⁰⁹⁾ — verpflichtet. Wird die Rückgabe verweigert, dann trifft ihn die Klage um anvertrautes Gut. Aber nur den Vertrauensmann. Gegen einen Dritten, der in der Zwischenzeit die Sache aus der Hand des Vertrauensmannes erlangt hatte, und zwar ohne Unterschied, ob dieser sie freiwillig weggegeben hatte, oder ob sie ihm abhandengekommen war, ist keine sachenrechtliche Klage gegeben. Hierin zeigt sich die Bedeutung der beschränkten Fahrnisverfolgungsmöglichkeit: „Hand wahre Hand“²¹⁰⁾.

Allerdings reichte die Beschränkung der Fahrnisklage nicht so weit, dem Dritten Eigentum zu verschaffen, andererseits wurde auch Eigentum nicht verloren. In der Praxis war aber der Unterschied ohne Bedeutung. Nur dann, wenn der Vertrauensmann die Sache wieder in seinen Gewahrsam bekam, oder der Eigentümer sie, — etwa durch Zufall wieder — erhielt, zeigte sich der Unterschied: ohne Rücksicht auf das Recht des Dritten gegen den Vertrauensmann drang der Eigentümer gegen diesen mit der Klage um anvertrautes Gut durch, oder wenn der Eigentümer selbst besaß, verteidigte er sich wirksam gegen diese Klage des Dritten mit Berufung auf sein Eigentum.²¹¹⁾

II. Mit der Rezeption fand die rei vindicatio mit dem Grundsatz der unbeschränkten Fahrnisverfolgung Eingang in das gemeine Recht. Während aber auch hier die alte Fahrnisklage weiter neben dem recipierten Vindicationsrecht angewandt wurde, waren es vor allem die Particularrechte, die an dem Hand-wahre-Hand-Prinzip festhielten. Ausnahmen bildeten z.B. die Refor-

²⁰⁹⁾ Hübner, a. a. O. § 58, S. 355.

²¹⁰⁾ Gierke, a. a. O. bezeichnet als Ursprung dieses Wortes c. 17 der 24 friesischen Landrechte, dann Billwärder L. R. Art. 69 und rev. Lüb. R. III, 2 Art. 1. — Über im ganzen unwesentliche Ausnahmen des Hand-wahre-Hand-Prinzips vgl. Gierke, a. a. O. S. 559 f. Anm. 35, 36; Hübner a. a. O. S. 363, 1 a—d.

²¹¹⁾ Hübner, a. a. O. S. 363, 1.

mationen von Nürnberg, Frankfurt und Lüneburg²¹²⁾, die die reine rei vindicatio recipierten.

Im Gegensatz zu ihnen hielten besonders die Stadtrechte von Lübeck, Hamburg, Rostock, dann aber auch die großen Gesetzbücher wie Code civile, Österreichisches GB., AHGB., an der Unterscheidung von freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust fest, wobei in den Fällen freiwilligen Verlustes wie bisher die beschränkte Fahrnisverfolgung des Satzes Hand-wahre-Hand galt. Dabei wurden alte Ausnahmen aufrecht erhalten: Sachen, die von Handwerkern veräußert oder die beim Vertrauensmann gestohlen waren, konnten unbeschränkt wieder herausverlangt werden. Außerdem wurde guter Glaube des Dritterwerbers (so C. C.), im Österr. GB. und AHGB. noch entgeltlicher Erwerb, als Voraussetzungen der Verfolgungsbeschränkung aufgestellt. Das Lübische Recht gewährte darüber hinaus dem Eigentümer einen Lösungsanspruch²¹³⁾ (Rev. Lüb. Recht, 1586, III 2,2).

Das Preuß. A. L. R. entschied nach einem andern Gesichtspunkt: es stellte nicht auf die Art des Besitzverlustes, sondern auf dessen Erwerb ab. Der redliche entgeltliche Erwerb von einer unverdächtigen Person war unangreifbar und höchstens gegen Ersatz der Aufwendungen, also gegen ein Lösgeld (ALR. I 15 § 25) herauszugeben. Auch der Lösungsanspruch fehlte bei bestimmten Gegenständen (Geld und Inhaberpapieren) und bei bestimmtem Erwerb (in öffentlicher Versteigerung, aus dem Laden eines gildemäßigen Kaufmannes).

Wichtiger als diese Unterscheidungen ist für unser Problem eine andere Regelung des ALR., nämlich über den Inhalt des Rechtserwerbs. Hierin unterscheidet sich dieses Gesetzbuch gegenüber den älteren Systemen darin, daß das Hand-wahre-Hand-Prinzip aus einem rein nega-

²¹²⁾ Hübner, a. a. O. S. 366 f., § 58.

²¹³⁾ Hübner, a. a. O. (3. Aufl.) S. 366 f.

tiven Schutz des Dritterwerbers gegen den Anspruch des Altberechtigten zu einem positiven Rechtserwerb führte. Der Dritte erwarb Eigentum, der Altberechtigte verlor es. „Die relative Wirkung des Satzes Hand-wahre-Hand wurde so zur absoluten gesteigert“²¹⁴⁾.

Diesem Fortschritt des ALR. folgten das Österr. GB. und grundsätzlich das AHGB.²¹⁵⁾. Blickt man zurück auf die charakteristischen Sätze des römischen Rechts, dann kann man diese Weiterentwicklung so einordnen: das Hand-wahre-Hand-Prinzip bedeutet einen direkten Gegensatz zu „ubi rem meam invenio, ibi vindico“ aber es entsprach mit seinem alten relativen Inhalt gleichfalls der Regel „nemo plus iuris transferre potest...“; diese wurde aber mit dem absoluten Charakter in den oben genannten Gesetzbüchern aufgehoben²¹⁶⁾.

Fragen wir nach dem Schicksal unseres Problems, Ausgleich der Interessen zwischen Erwerber und nichtberechtigtem Verfüger nach Herausgabe der Sache an den Altberechtigten, dann müssen wir feststellen:

Für die Gesetzbücher, die römisches Vindicationsrecht rezipiert haben, gilt das, was oben allgemein zum Römischen Recht gesagt wurde.

Andererseits gilt die Darstellung, die an die Regelung unseres BGB. anknüpft, für alle die Systeme, die mit ihm den Eigentumserwerb gemeinsam haben, mögen auch im einzelnen die Voraussetzungen verschieden sein. Ausgenommen die Rechte, die weitsichtiger als unser BGB., ihr Nachkomme, dem verlierenden Altberech-

²¹⁴⁾ Gierke, a. a. O. II, S. 566; Hübner, a. a. O. § 63 S. 384.

²¹⁵⁾ Österr. GB. § 367: „... in diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern Eigentum erworben ...“; AHGB. Art. 306: „... erlangt der redliche Erwerber Eigentum ...“; bestr. die Auslegung des C. C. art. 2279; für Eigentumserwerb Ewald, a. a. O. siehe oben S. 67 Anm. 1. — Anderer Ansicht Hübner, a. a. O. S. 384.

²¹⁶⁾ Hübner, a. a. O. § 63 S. 384.

tigten immerhin noch einen Lösungsanspruch²¹⁷⁾ gewähren. So das bereits genannte ALR., I, 15 § 26, das Sächs. GB. in gewissen Fällen, das Lübische Recht in II, Art. 194, III, Art. 202.

Es bleibt daher nur übrig festzustellen, welchen Einfluß die Rückgabe der Sache an den Eigentümer (oder sonst dinglich Berechtigten) im Geltungsbereich des ursprünglichen, relativen Hand-wahre-Hand-Prinzips besitzt. Es ist auch hier wieder nach einem Ausgleich zwischen Dritterwerber und Vertrauensmann gefragt:

Mit besonderer Berechtigung darf für das germanische Recht der Kauf als Beispiel des Veräußerungsvertrages angesehen werden; denn gerade dieser Vertrag war Urtyp des entgeltlichen Erwerbs. Ausschlaggebend für die Entscheidung unserer Frage ist der Inhalt der Verkäuferverpflichtungen, speziell der Haftung für Rechtsmängel. Neben der Pflicht zur Verschaffung des Genusses des verkauften Gegenstandes liegt dem Verkäufer die Pflicht zur Verschaffung des Rechts ob, abgesehen von dem Fall, daß der Verkäufer bereits im Besitz oder Genuß ist, und die Rechtsverschaffung dann einzige Aufgabe des Verkäufers bleibt. Diese Aufgabe wird dadurch erfüllt, daß der Verkäufer gegen gerichtliche Angriffe auf die übertragene Gewere geschützt wird. Durchgeführt wird dieser Schutz im gerichtlichen Verfahren durch den Zug

²¹⁷⁾ Gierke, a. a. O., S. 560 zitiert ferner Nowgoroder Skrae des 13. Jahrhunderts im Lüb. Urkb. I, 709, Münchner Stadtr. Art. 191. — Herbert Meyer, Entwehrung und Eigentum S. 126 macht, wie Gierke, a. a. O. S. 560 bestätigt, wahrscheinlich, daß der Lösungsanspruch in den zitierten Stellen weniger als ein klagbares Recht des Eigentümers angesehen wurde, sondern daß vielmehr eine gütliche Lösung als einziger Weg der Wiedererlangung vorgeschlagen werden sollte. Erst später wurde daraus ein Lösungsanspruch, der dahin geht, daß der herausverlangende Kläger sich seinerseits bereit erklärte, dem beklagten Besitzer die Aufwendungen zu ersetzen. — Gewiß ein guter Beweis für die Wichtigkeit unseres Problems und die Notwendigkeit, auch für das geltende Recht zu einem Ausgleich der Interessen zu gelangen.

auf den Gewähren. Kam es dazu, dann mußte der Verkäufer die Gewere des Käufers schirmen und „eben dafür eintreten, daß mit der übertragenen Gewere das in ihr erscheinende Recht übergegangen war²¹⁸⁾. Dies ist der Ausgangspunkt der Rechtsverschaffungspflicht, die sich somit aus einer lediglich prozessualen Defension zu einer selbständigen materiellen Haftung des Verkäufers entwickelt hat. Hiernach wird der Verkäufer beim Sachkauf zur Eigentumsübertragung verpflichtet, beim Rechtskauf muß er das Recht verschaffen. Gelingt dies nicht, dann ist dem Käufer der empfangene Kaufpreis zurückzahlen, der Kauf wird rückgängig²¹⁹⁾.

Während im gemeinen Recht diese Grundsätze unter dem Einfluß der römischen habere-licere-Haftung zurückgedrängt wurden, kamen sie in den großen Gesetzbüchern zum Durchbruch. So das ALR. I, 11, § 1; C. C. a. 1582 (RG. 18, S. 335); Bad. Landr. Art. 1582; Öst. GB. § 1053. Im Gegensatz zu diesen steht das Sächs. G. B. § 1082, das römische Prinzip enthält. Unser BGB. endlich führt ebenfalls deutsche Rechtsverschaffungspflicht durch.

Wir stellten oben (S. 64 f.) fest, daß der Käufer, der von einem nicht zur Veräußerung berechtigten Vertrauensmann erwirbt, zwar kein Eigentum erwirbt, aber doch in seiner Gewere durch das Hand-wahre-Hand-Prinzip geschützt ist. Welche Rückgriffsmöglichkeiten stehen ihm zur Verfügung, wenn er auf seine vom Verkäufer vollgültig erworbene Gewere zu Gunsten des Berechtigten verzichtet und die Sache an diesen herausgibt? Stehen ihm die Rechte des Käufers auf Gewährleistung auf Grund der Haftung für Rechtsmängel gegen den Verkäufer zu?

Die Frage ist zu verneinen. Der Verkäufer hat mit dem Genuß zugleich die Gewere an den Gegenstand verschafft. Der Käufer war im Stande, sie selbst gegen den

²¹⁸⁾ Gierke, a. a. O. S. 459 § 193.

²¹⁹⁾ Gierke, a. a. O. zit.

Anspruch des Berechtigten unter Berufung auf den Satz „Hand-wahre-Hand“ mit Erfolg zu verteidigen. Die Gewere hat somit das Recht nach sich gezogen²²⁰⁾, die Gewährungspflicht wird dadurch erledigt.

Ergebnis: Das germanische Recht bietet keine Möglichkeit, daß der herausgebende Käufer auf Grund des Kaufvertrages, nach Rechtsmängelhaftung, zu seinem aufgewandten Kaufpreis kommt. Der verlierende, an seiner Sache aber besonders interessierte Berechtigte, ist auf eine gütliche Vereinbarung mit dem Dritterwerber angewiesen, nur in einigen Rechtsbüchern wird er in richtiger Erkenntnis der Ausgleichsnotwendigkeit durch ein Lösungsrecht oder Lösungsanspruch unterstützt²²¹⁾.

Die neueste Entwicklung in dem System unseres Bürgerlichen Rechts geht auf Zurückdrängung römischer Rechtsgedanken und deren Ersatz durch weitgehende Verwendung deutscher Rechtseinrichtungen. Wohl nirgends wird diese Reform notwendiger und fruchtbarer sein als gerade auf dem Gebiet des Erwerbs vom Nichtberechtigten und der mit ihm zusammenhängenden Fragen. Es soll hier nichts über die „Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten“ gesagt werden, auch überschreitet es den Rahmen der vorliegenden Arbeit, Vorschläge für eine Verbesserung der bisherigen Regelung (§ 932 BGB.) zu machen: So viel darf aber in Aussicht gestellt werden, daß mit einer begrüßenswerten Annäherung an das germanische Handwahre-Hand-Prinzip zugleich eine Möglichkeit geschaffen wird, dem feinfühligen Erwerber einen direkten Anspruch gegen den Veräußerer auf Rückgewähr seiner Aufwendungen zu gewähren.

²²⁰⁾ Gierke, a. a. O. zit.

²²¹⁾ s. Anm. 217.

Lebenslauf.

Am 22. März 1911 wurde ich, Ernst Maier, als Sohn des Kaufmanns Max Maier und seiner Ehefrau Else, geb. Heim in Freiburg geboren. Ich besuchte in meiner Vaterstadt Müllheim die Volks- und Realschule, die ich mit der „Einjährigen“-Prüfung abschloß. Anschließend, von Ostern 1926 bis Ostern 1929 war ich Schüler der Rotteck-Oberrealschule in Freiburg; sie verlieh mir am 6. März 1929 das Reifezeugnis. Das Studium begann ich in Freiburg, setzte es mit dem dritten und vierten Semester in Hamburg fort und kehrte für die letzten drei Semester nach Freiburg zurück. Ich verdanke meine juristische Ausbildung folgenden Herren Professoren und Dozenten: Bondy, Bruck, van Calker, Delaquis, Diehl, Ehrhardt, Felgenträger, Forsthoff, Haff, Heimann, Hoeniger, Kern, Lassar, Laun, Marschall Freiherr von Bieberstein, Pagenstecher, Perels, Plaut, Pringsheim, Raape, Reichel, Eberhardt Schmidt, Rudolf Schmidt, Schwarz, Freiherr von Schwerin, Wassermann, Erik Wolff.

Besonderen innigen Dank sage ich an dieser Stelle meinem verehrten Referenten, Herrn Professor Dr. Pringsheim, für die verständnisvolle Förderung bei der Anfertigung vorliegender Arbeit.

Am 18. März 1933 verlor ich meinen Vater. Am 11. April 1933 bestand ich die Erste juristische Staatsprüfung in Karlsruhe, am 6. Juli 1934 das Doktorexamen. Das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, § 3 Abs. 1, verhindert meine Zulassung zum Vorbereitungsdienst.
